



HAL
open science

Contribution à l'étude des évolutions contemporaines du droit constitutionnel français

Anne-Laure Cassard-Valembois

► **To cite this version:**

Anne-Laure Cassard-Valembois. Contribution à l'étude des évolutions contemporaines du droit constitutionnel français. Droit. Université de Bourgogne, 2016. tel-01555684

HAL Id: tel-01555684

<https://ube.hal.science/tel-01555684v1>

Submitted on 4 Jul 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Contribution à l'étude des évolutions contemporaines du droit constitutionnel français

Mémoire en vue de l'obtention de l'habilitation à diriger des recherches
présenté et soutenu publiquement le 24 mai 2016

par

Anne-Laure CASSARD-VALEMBOIS

Jury :

M. Régis FRAISSE

Conseiller d'État

M. Jean-Pierre MACHELON

Professeur émérite à l'Université Paris Descartes - Rapporteur

M. Bertrand MATHIEU

Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

M. Bernard QUIRINY

Professeur à l'Université de Bourgogne - Rapporteur

M. Dominique ROUSSEAU

Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne - Rapporteur

M. Michel VERPEAUX

Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

Table des matières

INTRODUCTION	7
CHAPITRE 1 : LES AJUSTEMENTS DU SYSTÈME NORMATIF	8
SECTION 1 : LA SPÉCIFICITÉ DE LA PLACE DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE DANS LE DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS	8
§ 1 : <i>La prévalence des principes généraux du droit communautaire sur la loi nationale</i>	8
§ 2 : <i>Les bouleversements de la linéarité normative nationale au regard des exigences liées à la transposition des directives de l'Union européenne</i>	10
A - L'immunité constitutionnelle des lois de transposition des directives de l'Union européenne.....	10
B - La reconnaissance des directives de l'Union européenne comme norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition	12
§ 3 : <i>Le refus d'intégrer purement et simplement le droit de l'Union européenne dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois</i>	14
A - L'absence de reconnaissance des règlements communautaires en tant que normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois.....	14
B - L'absence d'intégration automatique des normes du droit de l'Union européenne auxquelles la Constitution renvoie.....	16
SECTION 2 : L'INFLUENCE DU DROIT DE LA CONVENTION EUROPÉENNE SUR LE DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS	17
§ 1 : <i>La réalité de l'influence conventionnelle sur la jurisprudence constitutionnelle française relative aux droits et libertés fondamentaux</i>	18
A - L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle française relative aux validations législatives sous l'influence des exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme.....	18
1. La réorientation de la jurisprudence constitutionnelle française sous l'influence européenne	19
2. Le renforcement de la jurisprudence constitutionnelle française sous l'influence européenne	20
B - Le renouvellement de l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'heure de la QPC	22
1. L'influence du contrôle diffus de conventionnalité sur le filtrage des QPC par le juge ordinaire.....	24
2. L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur les décisions QPC du Conseil constitutionnel.....	26
§ 2 : <i>La persistance de spécificités nationales</i>	29
A - La spécificité tenant au contenu du catalogue français des droits fondamentaux.....	29
1. L'existence de principes n'ayant pas d'équivalent dans les catalogues européen et constitutionnel	30
2. La différence de niveau d'exigence s'agissant des mêmes principes	30

B - La spécificité tenant à la nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les lois	31
--	----

CHAPITRE 2 : L'ENRICHISSEMENT DU CATALOGUE DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX 34

SECTION 1 : LE FAÇONNAGE CONTINUEL DU CATALOGUE DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX..... 35

§ 1 : La consécration de nouveaux droits et principes constitutionnels.....35

A - La reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République applicable à la justice pénale des mineurs..... 36

B - La reconnaissance du droit d'accès à Internet..... 40

§ 2 : L'interprétation de droits et principes existants.....44

A - L'enrichissement de l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants de pensées et d'opinions..... 44

B - L'affaiblissement caractérisé des exigences de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946..... 47

1. L'interprétation restrictive de la notion de monopole de fait..... 47

2. La restriction de la notion de service public national..... 49

SECTION 2 : LA CONSTITUTIONNALISATION IMPLICITE DE L'EXIGENCE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE 51

§ 1 : Les fondements de la constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique..52

A - La sécurité juridique, impératif de l'État de droit..... 52

1. La sécurité juridique, donnée structurelle de l'État de droit formel..... 52

2. La sécurité juridique, garantie de l'État de droit matériel..... 53

B - Le développement de l'exigence de sécurité juridique dans l'État de droit français ... 55

1. Les causes du développement de l'exigence de sécurité juridique..... 56

2. L'exemple du développement de l'exigence de sécurité juridique en droit administratif..... 60

§ 2 : La réalité de la consécration constitutionnelle du principe de sécurité juridique 64

A - Les manifestations de la prise en compte de la sécurité juridique par le Conseil constitutionnel..... 65

1. La promotion de la qualité formelle des lois 65

2. L'encadrement de la mutabilité législative..... 72

a. La consécration formelle du principe de stabilité des relations contractuelles 73

b. La prise en compte grandissante de l'exigence de protection de la confiance légitime..... 75

B - La question d'une réorientation de la politique jurisprudentielle s'agissant de l'exigence de sécurité juridique ?..... 80

CHAPITRE 3 : LA CONSTRUCTION D'UN SYSTÈME JURIDICTIONNEL EFFICIENT DE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS 85

SECTION 1 : LA CONSTRUCTION DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ A PRIORI..... 85

§ 1 : Le développement du contentieux constitutionnel a priori.....85

A - L'affirmation du Conseil constitutionnel comme un véritable juge constitutionnel	86
B - Les contraintes pesant sur la nouvelle institution	89
§ 2 : <i>Le perfectionnement des techniques contentieuses</i>	92
SECTION 2 : LA CONSÉCRATION DU CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL A POSTERIORI.....	99
§ 1 : <i>La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité</i>	101
A - La nécessaire évolution du Conseil constitutionnel à l'occasion de la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité	101
1. L'attraction du contentieux constitutionnel dans le champ de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.....	101
2. Les ajustements du Conseil constitutionnel et de la procédure constitutionnelle contentieuse de la question prioritaire de constitutionnalité	103
a. Le renforcement du contradictoire	104
b. L'évolution de la composition du Conseil constitutionnel	106
c. La réactivation du débat sur les opinions dissidentes	110
B - La régulation, par le Conseil constitutionnel, de l'accès à son prétoire à l'occasion de la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité	113
1. L'interprétation stricte de la notion de changement des circonstances sise à l'article 23-2 2° de l'ordonnance organique de 1958 modifiée	114
2. L'interprétation prudente de la catégorie des droits ou libertés au sens de l'article 61-1 de la Constitution.....	116
3. L'interprétation extensive de l'article 23-1 de l'ordonnance organique de 1958 modifiée.....	117
§ 2 : <i>L'articulation des contrôles a priori et a posteriori</i>	124
A - L'influence du contrôle a priori sur le contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois.....	124
1. L'alignement du contrôle exercé dans le contentieux QPC sur celui exercé dans le cadre du contrôle <i>a priori</i>	125
2. L'incomplétude du contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i> en raison de son alignement sur le contentieux DC ?	126
B - L'impact récursif du contrôle de constitutionnalité a posteriori sur le contrôle a priori de la constitutionnalité des lois	129

Avant-propos

L'exercice imposé pour l'obtention de l'habilitation à diriger des recherches suppose de trouver une cohérence aux différents travaux de recherche que j'ai accomplis. Une parfaite cohérence de tous ces travaux est illusoire : la vie de chercheur n'est pas entièrement consacrée à un thème de recherche mais implique aussi une diversification tant l'intérêt pour un nouveau sujet peut être suscité à l'occasion d'une discussion avec un collègue, de la lecture d'un ouvrage ou encore de sollicitations et d'opportunités diverses. Certaines de mes publications ne s'intègrent ainsi pas parfaitement dans mon thème de recherche principal qui porte sur les évolutions contemporaines du droit constitutionnel français. Seuls les travaux de recherche qui porte sur ce thème sont mis en perspective dans ce mémoire.

Par ailleurs, ce mémoire n'est pas une simple compilation de travaux publiés. En tant que cela paraissait nécessaire ou intéressant, j'ai effectué des mises à jour, par exemple pour mettre à l'épreuve les conclusions d'une étude un peu ancienne, et j'ai puisé dans mes enseignements pour enrichir les analyses.

Nota Bene

Pour permettre de mieux identifier les travaux de recherches que ce dossier vise à mettre en cohérence, ils apparaissent **en gras et soulignés**.

Introduction

1. Classiquement consacré à l'étude des institutions politiques, le droit constitutionnel s'est enrichi de l'étude du système normatif, notamment dans ses liens avec les systèmes juridiques régionaux et internationaux, et de la protection des droits et libertés fondamentaux. Les travaux de recherche présentés dans ce mémoire ne portent pas sur l'étude des institutions politiques mais intéressent en revanche les deux autres domaines du droit constitutionnel.

2. S'agissant de l'étude du système normatif, il apparaît qu'il s'ajuste progressivement pour mieux intégrer les contraintes liées au développement du droit international en général et du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'Homme en particulier (Chapitre 1).

3. Concernant la protection des droits fondamentaux, elle évolue tant d'un point de vue matériel qu'en raison de l'enrichissement des techniques qui permettent de la mettre en œuvre. Ainsi, le catalogue des droits et libertés fondamentaux s'enrichit de manière importante, principalement à l'initiative du Conseil constitutionnel, par le biais de l'interprétation jurisprudentielle (Chapitre 2).

4. Par ailleurs, cet enrichissement n'aurait finalement que peu d'intérêt s'il n'était relayé par un système juridictionnel efficace de contrôle de la conformité des lois à la Constitution. Or, le système français de contrôle de constitutionnalité des lois a considérablement évolué ces dernières années. Tout d'abord, un éclairage nouveau est porté sur le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois depuis que le Conseil a décidé, à compter de 2009, de rendre publiques ses archives après l'écoulement d'un délai de 25 ans. Par ailleurs, un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois est entré en vigueur il y a six ans, qui bien évidemment suscite l'intérêt en soi, mais aussi en ce qu'il interagit avec le contrôle *a priori* (Chapitre 3).

Chapitre 1 : Les ajustements du système normatif

5. L'étude des rapports de système est aujourd'hui au cœur du droit constitutionnel et représente un enjeu majeur. En effet, les évolutions du système normatif français, sous l'influence du mouvement d'internationalisation, du droit sont importantes. Plus précisément, le droit de l'Union européenne (Section 1) et celui de la Convention européenne des droits de l'Homme (Section 2) exercent une influence importante sur l'ordre juridique français.

Section 1 : La spécificité de la place du droit de l'Union européenne dans le droit constitutionnel français

6. Le droit de l'Union européenne présente une spécificité certaine par rapport au droit international en général dans ses rapports avec les droits des pays membres de l'Union. L'Union européenne est en effet une organisation internationale *sui generis*, conceptuellement entre l'État fédéral et la confédération, sans qu'il soit sans doute utile de préciser à quelle vitesse elle s'éloigne du modèle de la confédération pour se rapprocher de celui de l'État fédéral et sans qu'il soit possible de savoir si elle rejoindra un jour ce dernier.

7. La spécificité du droit de l'Union européenne par rapport au droit international est attestée par la jurisprudence du Conseil d'État comme du Conseil constitutionnel. Les juges du Palais royal accordent en effet une place tout à fait particulière, dans l'ordre juridique interne, aux normes de l'Union européenne. C'est principalement le cas des principes généraux du droit communautaires (§1) et des directives de l'Union européenne (§2).

§ 1 : La prévalence des principes généraux du droit communautaire sur la loi nationale

8. Dans la jurisprudence administrative, la spécificité du droit de l'Union européenne par rapport au droit international dans ses rapports avec l'ordre juridique national est manifeste depuis un arrêt du Conseil d'État du 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres (SNIP)*¹.

9. Depuis 1989, le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour exercer un

¹ "La prévalence des principes généraux du droit communautaire sur la loi nationale", *AJDA* n° 19/2002, pp. 1219 à 1225.

contrôle de la loi nationale au regard des traités internationaux en général et des traités communautaires en particulier². Rapidement après, il a accepté d'étendre ce contrôle aux normes de droit communautaire dérivé que sont les règlements et les directives communautaires³. Cependant, il avait laissé en suspens la question du contrôle de la loi par rapport aux principes généraux du droit communautaire. Dans l'arrêt *SNIP*, il a finalement admis la valeur supra-législative de ces principes et semble en outre avoir admis sa compétence pour faire respecter cette hiérarchie.

10. La reconnaissance de la prévalence des principes généraux du droit communautaire sur la loi nationale est remarquable en ce qu'elle marque une étape de plus dans la reconnaissance de la spécificité du droit de l'Union européenne vis-à-vis du droit international. En effet, le Conseil d'État ne reconnaît pas la valeur supra-législative du droit international non-écrit : depuis l'arrêt *Aquarone*⁴, il refuse de faire prévaloir la coutume internationale sur la loi ; dans l'arrêt *Paulin*⁵, il a étendu cette solution aux principes généraux du droit international. Dans ces deux arrêts, le Conseil d'État fonde son refus sur la Constitution et notamment sur son article 55 dont il est vrai qu'il ne confère valeur supra-législative qu'aux traités régulièrement ratifiés et approuvés. Or, les principes généraux du droit communautaire sont également du droit non-écrit et ne semblent *a priori* pas pouvoir rentrer dans le champ de l'article 55 de la Constitution. Pourtant, c'est bien sur ce fondement que le Conseil d'État a accepté de faire prévaloir les principes généraux du droit communautaire sur la loi nationale, même postérieure. La référence à l'article 55 est néanmoins implicite : absent des visas comme du dispositif, l'article 55 est au cœur du raisonnement du Conseil d'État puisque celui-ci précise que les « principes généraux de l'ordre juridique communautaire [...] ont] la même valeur juridique que [le traité instituant la Communauté européenne] » ; or à l'époque où l'arrêt *SNIP* a été rendu, seul l'article 55 conférait leur valeur en droit interne aux traités internationaux en général et aux traités communautaires en particulier, étant donné que l'article 88-1 de la Constitution n'avait pas encore été utilisé, ni par le Conseil d'État, ni par le Conseil constitutionnel, pour fonder les relations spécifiques entre le droit de l'Union européenne et le droit français.

² CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

³ V. respectivement CE 24 septembre 1990, *Boisdet*, n° 58657 et 28 février 1992, *Rothmans & Philip Morris*, n° 56776 et 56777.

⁴ CE Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, n° 148683.

⁵ CE 28 juillet 2000, *Paulin*, n° 178834.

§ 2 : Les bouleversements de la linéarité normative nationale au regard des exigences liées à la transposition des directives de l'Union européenne

II. La linéarité de la hiérarchie des normes, si tant est qu'elle ait jamais réellement existé de manière parfaite, est bouleversée par les exigences liées à la transposition des directives de l'Union européenne. En effet, les lois de transposition des directives de l'Union européenne tendent à bénéficier d'une immunité constitutionnelle (A) tandis que le Conseil constitutionnel accepte, par dérogation à sa jurisprudence *IVG*, de contrôler certaines lois par rapport aux directives de l'Union européenne (B).

A – L'immunité constitutionnelle des lois de transposition des directives de l'Union européenne

12. L'immunité constitutionnelle des lois de transposition des directives de l'Union européenne a été reconnue par la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 dans le cadre du contentieux *a priori* puis étendue au contentieux de la QPC par la décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010⁶.

13. À propos de la décision n° 2004-496 DC, il est tout d'abord possible de remarquer qu'elle constitue une exception notable au principe tout à fait implicite de publication immédiate de ses décisions par le Conseil constitutionnel. Elle avait en effet été rendue le 10 juin 2004 mais n'avait été rendue publique que le 15 juin. Le Conseil avait en effet estimé utile de retarder sa publicité car elle modifie de manière importante les rapports entre le droit constitutionnel national et le droit communautaire. Or, des élections au Parlement européen avaient lieu quelques jours seulement après que le Conseil avait pris sa décision, soit le 13 juin 2004. Le Conseil constitutionnel avait ainsi estimé qu'il devait retarder la publication de cette décision pour ne pas influencer sur le résultat de ce scrutin. Il s'en était d'ailleurs expliqué lors d'une conférence de presse organisée pour l'occasion dans les salons de l'aile Montpensier du Palais royal.

14. Cette décision est surtout une grande décision en ce que le Conseil constitutionnel y refuse de contrôler les lois de transposition des directives de l'Union européenne dès lors qu'elles se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises des directives qu'elles transposent. Le Conseil fonde ce refus sur l'exigence de transposition des directives de l'Union européenne qu'il reconnaît sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution selon

⁶ V. les développements consacrés à ce sujet in "Les dispositions exclues du champ de l'article 61-1 C", *Les grandes décisions de la QPC*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, spéc. pp. 112 à 117.

lequel « 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 ». Ainsi, le Conseil constitutionnel procède à la conciliation de deux exigences constitutionnelles contradictoires : celle des articles 61 puis 61-1 qui lui donne compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois et celle de l'article 88-1 qui oblige la France à transposer les directives de l'Union européenne. Il prend acte du fait que la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi de transposition serait de nature à faire obstacle à ce que cette directive puisse être transposée et considère dès lors qu'il n'y a pas lieu pour lui de contrôler la conformité à la Constitution de cette loi. Par ailleurs, étant donné que l'inconstitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive peut résulter de l'inconstitutionnalité de la directive elle-même dès lors que la première ne fait que tirer les conséquences des dispositions inconditionnelles et précises de la seconde, l'appréciation de la constitutionnalité de la loi par le Conseil constitutionnel rejaillirait nécessairement sur la directive. Or, le Conseil considère que les directives ne sont justiciables que devant la Cour de justice de l'Union européenne⁷. Cette solution est garante de la sécurité juridique : il existe un seul juge susceptible de contrôler les normes de l'Union européenne et il s'agit de sa Cour de justice⁸. Elle assure par ailleurs la prévalence du droit de l'Union européenne sur le droit national y compris constitutionnel, à l'instar des positions prises par la plupart des juridictions constitutionnelles européennes.

15. Le commentaire officiel de la décision n° 2010-79 QPC, qui applique la jurisprudence dite de la "directive-écran" au contentieux de la QPC, précise qu'il s'agit bien d'un non-lieu à statuer et non d'un cas d'incompétence ou d'irrecevabilité. Ainsi, la compétence du Conseil est préservée au cas où la Cour de justice serait saisie à titre préjudiciel de la question de la validité de la directive au regard du droit « primaire » et censurerait cette directive.

16. Le Conseil prévoit tout de même une exception au principe de prévalence des directives de l'Union européenne en considérant qu'une « disposition expresse

⁷ Le Conseil s'inscrit ainsi dans la logique d'une jurisprudence ancienne dans laquelle il a précisé qu'il ne peut contrôler la constitutionnalité des dispositions d'un règlement communautaire (décision n° 77-90 DC du 30 novembre 1977 dite "*isoglucose*").

⁸ Dans la décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, le Conseil constitutionnel précise ainsi qu'« il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne » (cons. 31).

contraire de la Constitution » peut faire obstacle à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives communautaires. Depuis la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, le Conseil a modifié la terminologie des principes ou des règles qui pourraient faire obstacle à l'exigence de transposition. Désormais, il considère que seule « une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » peut s'opposer à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives de l'Union européenne, « sauf à ce que le constituant y ait consenti ». Cette formule est plus heureuse que la précédente en tant qu'elle rappelle les termes utilisés initialement par le Traité établissant une Constitution européenne et aujourd'hui par le Traité de Lisbonne selon lesquels « l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Le problème est que les contours de cette condition n'ont jamais été précisés par le Conseil constitutionnel. Or, il n'est pas aisé de déterminer exactement ce qui relève de l'identité constitutionnelle de la France. Il est certainement possible de considérer que la conception française de la laïcité, le refus de tout communautarisme ou encore le caractère indivisible de la République française en font partie.

17. Quoi qu'il en soit de la portée de l'exception, le principe sur lequel repose cette jurisprudence fait échapper au juge constitutionnel français une partie importante du contrôle de constitutionnalité des lois, car nombre de celles-ci transposent des directives communautaires. Néanmoins, l'article 88-I C a également été le fondement d'une jurisprudence qui a élargi la compétence du Conseil en tant qu'il se reconnaît désormais compétent pour contrôler la conformité des lois de transposition des directives de l'Union européenne aux directives qu'elles transposent.

B - La reconnaissance des directives de l'Union européenne comme norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition

18. Depuis la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, le Conseil considère que l'article 88-I de la Constitution lui donne compétence pour contrôler les lois françaises de transposition des directives communautaires au regard des objectifs poursuivis par les directives qu'elles transposent d'une part et des dispositions inconditionnelles de ces directives d'autre part. Autrement dit, le Conseil constitutionnel a élargi le champ des normes de références du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives communautaires ce qui a élargi son champ de compétence.

19. La décision n° 2006-540 DC n'est pas la première à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a accepté de contrôler une loi française au regard d'une directive de l'Union européenne. En effet, dans la décision n°98-400 DC du 20 mai 1998, à l'occasion du contrôle de la loi organique portant transposition de la directive communautaire relative au droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections municipales, le Conseil constitutionnel a vérifié qu'elle était conforme non seulement à l'article 88-3 de la Constitution mais également à la directive qu'elle transposait. Toutefois, ce contrôle s'est opéré dans une hypothèse tout à fait particulière : c'est uniquement, d'une part parce que l'article 88-3 C prévoit que le droit de vote et d'éligibilité est accordé aux citoyens de l'Union résidant en France « selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne » et d'autre part en raison du fait que la directive constitue la modalité choisie en application du Traité sur l'Union européenne pour mettre en œuvre le droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union. La décision de 1998 se distingue donc très clairement de celle de 2006 car cette fois c'est de manière générale que le Conseil constitutionnel a inclus les directives de l'Union européenne dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois.

20. Plus précisément, ce sont désormais les objectifs ainsi que les dispositions inconditionnelles de ces directives qui sont des normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition de ces mêmes directives, sous réserve de la clause de sauvegarde, c'est-à-dire sous réserve que ces objectifs ou dispositions inconditionnelles ne portent pas atteinte à une règle ou à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

21. Le Conseil constitutionnel fait ainsi prévaloir certaines exigences du droit de l'Union européenne tout en préservant la primauté de la Constitution dans ce qu'elle a de plus essentiel. Il n'exerce cependant à ce sujet qu'un contrôle de l'erreur manifeste et justifie ce contrôle restreint par l'impossibilité matérielle qui est la sienne de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de la question préjudicielle prévue par l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pendant le délai qui lui est imparti par l'article 61 de la Constitution pour juger de la conformité des lois à la Constitution. Il faut bien comprendre par ailleurs que le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel ne porte que sur l'opération de transposition. Ainsi, le contrôle de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives communautaires ne peut, en aucun cas, être assimilé à un contrôle général

du respect du droit de l'Union européenne⁹. De fait, le Conseil constitutionnel rappelle qu'il appartient aux juridictions administratives et judiciaires d'exercer le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et, le cas échéant, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel.

22. Le Conseil constitutionnel n'assure en revanche le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives de l'Union européenne que dans le cadre du contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois. En effet, il considère que le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des droits et libertés au sens de l'article 61-1 de la Constitution et qu'il ne saurait par suite être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁰.

23. Le Conseil constitutionnel exerce ainsi un contrôle de conformité des lois par rapport aux directives de l'Union européenne ce qui peut l'amener à rompre la linéarité normative nationale et à diminuer la portée contraignante de la norme constitutionnelle nationale pour se conformer aux exigences du droit de l'Union européenne. Pour autant, le droit communautaire tout entier n'est pas une exception à la jurisprudence IVG.

§ 3 : Le refus d'intégrer purement et simplement le droit de l'Union européenne dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois

24. S'il reconnaît depuis 1998 et 2006 que les directives de l'Union européenne peuvent être des normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil considère que les règlements communautaires n'en sont pas (A). Par ailleurs, certaines dispositions des traités sont des normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois en tant que la Constitution y renvoie, mais l'ensemble du droit de l'Union européenne n'est pourtant pas purement et simplement intégré aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois (B).

A – L'absence de reconnaissance des règlements communautaires en tant que normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois

25. Dans la décision n° 2009-594 DC du 3 décembre 2009¹¹, le Conseil constitutionnel refuse implicitement de se reconnaître compétent pour contrôler une

⁹ En ce sens, v. Laetitia Janicot, *LPA* 2 avril 2007, n° 66, p. 6.

¹⁰ Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, cons. 19.

¹¹ V. "L'absence de reconnaissance des règlements communautaires en tant que normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois", note sur la décision n° 2009-594 DC du 3 décembre 2009, *Constitutions* 2010, p. 233.

loi française au regard d'un règlement communautaire. En effet, la loi soumise à son contrôle dans cette affaire était la loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports. Or elle semble contraire au règlement communautaire n° 1370/2007, dit OSP, du 18 septembre 2007 régissant l'organisation et le financement des services publics de voyageurs par rail et par route. Ce règlement oblige les collectivités publiques locales à choisir entre exploiter ces services directement ou les confier à un professionnel après mise en concurrence, et laisse aux autorités publiques nationales et locales jusqu'au 31 décembre 2019 pour s'y conformer. Or, la loi examinée par le Conseil maintient pour Paris un régime dérogatoire par rapport aux exigences communautaires (qui sont reprises, concernant la province, par l'article 7-II de la loi LOTI) jusqu'en 2024 pour les services de transports de voyageurs sur route et jusqu'en 2039 pour le métro¹².

26. La censure de cette loi au regard de sa contrariété avec le règlement OSP semblait pouvoir logiquement se justifier par les exigences de l'article 88-I de la Constitution. En effet, le raisonnement que le Conseil constitutionnel a tenu en 2004 et en 2006 s'agissant des directives de l'Union européenne semble pouvoir également être utilisé à propos des règlements communautaires. Plus précisément, si le Conseil constitutionnel considère que la référence dans la Constitution à la participation de la France à l'Union européenne suffit à obliger le législateur français à respecter les objectifs fixés par les directives de l'Union, dès lors que le Traité de Lisbonne prévoit le caractère contraignant de ces objectifs pour les États membres, cette même référence peut suffire à obliger le législateur français à respecter les dispositions des règlements communautaires, dès lors que le Traité de Lisbonne prévoit que les règlements sont obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans tous les États membres.

27. Le Conseil constitutionnel n'a pourtant pas décidé de raisonner ainsi. Il n'y avait d'ailleurs pas été invité par les saisissants. Mais il aurait pu se saisir d'office si l'on postule que la contrariété entre la loi et le règlement communautaire ne lui a pas échappé. Il faut alors sans doute considérer que le Conseil a décidé d'absoudre la loi française en tant que sa contrariété vis-à-vis du règlement communautaire résulte du seul fait qu'elle fixe un délai plus long que celui prévu par lui, mais que pour l'instant

¹² Pour plus de précisions concernant l'appréciation de la contrariété de la loi par rapport au règlement communautaire OSP, v. Denis Broussolle, "La loi de régulation ferroviaire du 8 décembre 2009. De la surveillance de la SNCF à la protection de la RATP aux frais de la Région Île-de-France", *AJDA* 2010.425.

et jusqu'en 2019, la situation qu'elle institue n'est pas contraire au règlement OSP.

28. Autrement dit, il n'est pas interdit de penser que le Conseil constitutionnel pourrait accepter de franchir un pas de plus, dans sa jurisprudence audacieuse relative à la prise en compte des exigences de l'Union européenne, s'il était confronté à une contrariété immédiate entre la loi française et un règlement communautaire.

B - L'absence d'intégration automatique des normes du droit de l'Union européenne auxquelles la Constitution renvoie

29. Le fait que les règlements de l'Union européenne ne soient pas pris en considération pour contrôler la conformité des lois à la Constitution est déjà un indice du fait que le Conseil constitutionnel n'intègre pas automatiquement aux normes de références du contrôle de constitutionnalité des lois toutes les normes de droit de l'Union européenne, quand bien même la Constitution y renvoie, plus ou moins directement. Les directives de l'Union européenne bénéficient ainsi d'un traitement tout à fait spécifique. L'article 88-1 C est utilisé par le Conseil constitutionnel pour les attirer dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois mais tout le droit de l'Union, et notamment tous les traités institutifs, n'ont pas droit au même traitement. Ainsi, dans la décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, le Conseil constitutionnel affirme que « nonobstant la mention dans la Constitution du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, il ne [revient pas au Conseil constitutionnel] de contrôler la compatibilité d'une loi avec les stipulations de ce traité »¹³.

30. Le problème réside dans le fait que le critère de distinction entre les normes de droit de l'Union européenne qui intègrent le "bloc de constitutionnalité" en raison du fait que la Constitution y renvoie et celles qui ne l'intègrent pas alors même que la Constitution y renvoie n'apparaît pas avec une évidente clarté¹⁴. Le raisonnement peut d'ailleurs ici être élargi à l'ensemble des normes de droit international, le droit de l'Union ne bénéficiant pas en la matière d'un traitement spécifique.

31. Trois critères peuvent être avancés pour justifier que le renvoi à certaines normes de droit international ou communautaire permet de les "constitutionnaliser" mais pas d'autres : le libellé des articles de la Constitution y renvoyant, le fait qu'il a fallu réviser la Constitution pour pouvoir les ratifier ou encore le fait qu'elles posent

¹³ Cons. 16.

¹⁴ V. commentaire de la décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 dans la rubrique "Conventions internationales, droit communautaire et Constitution", LPA 2011, n° 6, pp. 6 à 9.

des obligations au législateur. Mais aucun ne résiste à l'analyse ; par exemple, s'agissant du second critère avancé, les dispositions du Traité de Maastricht qui fixent les modalités du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales des citoyens de l'Union européenne résidant en France auxquelles renvoie l'article 88-3 C ou encore certaines dispositions du traité portant statut de la Cour pénale internationale auxquelles renvoie l'article 53-2 C n'ont pu être ratifiées qu'après révision de la Constitution et sont des normes de référence du contrôle de constitutionnalité de certaines lois, mais l'article 53-1 C a été adopté pour lever l'obstacle constitutionnel à l'application des accords de Schengen sans qu'il conduise à intégrer la Convention de Schengen dans le "bloc de constitutionnalité".

32. L'intégration de certaines normes de droit international ou européen dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois en raison du renvoi opéré par la Constitution permet au Conseil d'enrichir les sources de la constitutionnalité des lois tout en sauvegardant la concision du texte constitutionnel, ce qui constitue assurément un avantage¹⁵. Il n'en reste pas moins que le Conseil constitutionnel gagnerait à préciser le critère sur lequel il fonde la distinction entre les normes visées par la Constitution qui font partie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois et celles qui en sont exclues.

Section 2 : L'influence du droit de la Convention européenne sur le droit constitutionnel français

33. L'influence du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit constitutionnel français est un phénomène déjà ancien et très étudié. Cette influence s'exerce essentiellement sur le système français de droits et libertés fondamentaux, tant les institutions sont peu impactées par les exigences de la Convention ; c'est plus précisément la jurisprudence du Conseil constitutionnel français qui se trouve influencée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, en tant que cette dernière est l'interprète de la Convention et qu'elle en a considérablement amplifié les effets (§ 1). Pour autant, les systèmes français et européen de protection des droits fondamentaux conservent des spécificités (§ 2).

¹⁵ Agnès Roblot-Troizier, "Réflexion sur la constitutionnalité par renvoi", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007.

§ 1 : La réalité de l'influence conventionnelle sur la jurisprudence constitutionnelle française relative aux droits et libertés fondamentaux

34. Le Conseil constitutionnel ne peut ignorer le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'Homme en raison de l'identité matérielle des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. La norme contrôlée est, dans les deux cas, la loi. La norme au regard de laquelle s'exerce le contrôle est la Constitution d'une part et la Convention européenne des droits de l'Homme d'autre part. Or cette Convention met en place un système de protection des droits et libertés fondamentaux qui est très similaire à celui d'une constitution nationale ; c'est d'ailleurs ce que considère la Cour européenne des droits de l'Homme elle-même lorsqu'elle affirme que la Convention est l'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » dans le domaine des droits de l'homme¹⁶. Ainsi, le contrôle de conformité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme s'apparente fortement au contrôle de la conformité des lois à la Constitution si bien que ces deux contrôles ne peuvent s'ignorer. Plus précisément, le Conseil constitutionnel ne peut ignorer le contrôle de conventionnalité des lois exercé par la Cour européenne des droits de l'Homme et même, de manière diffuse, par tous les juges ordinaires français, sauf à se faire plus ou moins directement désavouer par l'une ou par les autres.

35. Il ne saurait ici être question de démontrer de manière générale l'influence conventionnelle sur la jurisprudence constitutionnelle française. Il s'agit seulement de l'illustrer par l'étude de l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux validations législatives (A). Par ailleurs, il est intéressant de montrer que cette influence a été renouvelée avec l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (B).

A - L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle française relative aux validations législatives sous l'influence des exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme

36. Les validations législatives sont un remède à l'insécurité juridique que peuvent créer les annulations contentieuses. Pour autant, les validations législatives sont elles-mêmes cause d'insécurité juridique dans la mesure où elles ont des effets rétroactifs. L'étude de la constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français¹⁷ a ainsi été l'occasion d'étudier la jurisprudence du Conseil

¹⁶ CEDH 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, A310.

¹⁷ La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, LGDJ, 2004, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 122.

constitutionnel relative aux validations législatives.

37. Depuis une trentaine d'années, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a subi une double évolution à laquelle la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'est sans doute pas étrangère : elle s'est réorientée puis renforcée.

I. La réorientation de la jurisprudence constitutionnelle française sous l'influence européenne

38. Le Conseil constitutionnel appréciait initialement la conformité de ces lois à la Constitution au regard d'exigences institutionnelles car une loi de validation constitue avant tout une immixtion du législateur dans le contentieux juridictionnel d'un acte annulé ou susceptible de l'être. Une loi de validation contrevient ainsi, et initialement avant tout selon le Conseil constitutionnel jusqu'au milieu des années 90, au principe de l'indépendance des juridictions. La décision n° 97-390 DC du 19 novembre 1997 a la première marqué une réorientation du contrôle des lois de validation car le Conseil constitutionnel reconnaît la constitutionnalité de la mesure de validation notamment en ce qu'elle « sauvegarde les droits des contribuables nés des décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée ». Le Conseil constitutionnel adopte ainsi le point de vue des justiciables pour admettre la conformité de la loi à la Constitution. Plus précisément, il retient comme critère de la conformité de la validation à la Constitution non pas (seulement) le principe de la séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire mais aussi le principe de la garantie des droits. Autrement dit, c'est la préservation de la sécurité juridique des droits nés des décisions de justice qui est prise en considération si bien qu'un nouvel équilibre a commencé à se dessiner : l'intérêt général poursuivi par le législateur qui procède à une validation ne saurait porter une atteinte excessive au principe de sécurité juridique en tant qu'il constitue un élément de la garantie des droits sise à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Cette réorientation a été confirmée par la décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999 car le Conseil constitutionnel a modifié la formulation de son considérant de principe en substituant les principes de séparation des pouvoirs et du droit au recours juridictionnel au principe de l'indépendance des juridictions qui était jusque là au cœur de son raisonnement. Cette réorientation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est sans doute pas étrangère à l'influence de la Cour de Strasbourg dans la mesure où elle-même tient compte de l'exigence du droit à un procès équitable pour apprécier la conformité des lois de validation à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'influence de la jurisprudence strasbourgeoise était en outre révélée par le fait que, dans la décision n° 99-422 DC, le

Conseil semble avoir été sensible, pour fonder la censure de la validation qui lui était soumise, au fait qu'était imminente la décision du juge compétent en dernier ressort pour se prononcer sur l'acte que le législateur entendait valider¹⁸ ; or l'état d'avancement de la procédure est un élément qui pèse dans l'appréciation de la Cour européenne lorsqu'elle contrôle une loi de validation car il lui permet d'évaluer l'atteinte à l'égalité des armes, élément du droit à un procès équitable.

2. Le renforcement de la jurisprudence constitutionnelle française sous l'influence européenne

39. Le renforcement de la jurisprudence constitutionnelle française relative aux validations législatives sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme est déjà ancien¹⁹ mais restait très implicite.

40. Il s'est accéléré à la suite de l'arrêt *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c/ France* rendu par la Cour le 28 octobre 1999. Cet arrêt avait en effet cruellement mis en évidence le fait que les exigences conventionnelles relatives aux lois de validation étaient bien plus protectrices des droits fondamentaux que les exigences constitutionnelles dans la mesure où la Cour européenne a déclaré contraire à la Convention la validation opérée par l'article 85 de la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 alors que le Conseil constitutionnel s'était préalablement prononcé favorablement sur la constitutionnalité de cette disposition législative en appliquant sa jurisprudence traditionnelle. Cette décision a clairement notifié au Conseil constitutionnel qu'il devait faire évoluer sa jurisprudence relative aux lois de validation dans le sens d'une meilleure prise en compte de la sécurité juridique, sauf à multiplier les désaveux de la part non seulement de la Cour européenne des droits de l'Homme mais aussi – et peut-être surtout, d'un point de vue quantitatif – des juridictions internes qui n'ont pas manqué d'appliquer la nouvelle jurisprudence européenne²⁰. Et effectivement, à peine plus de deux mois après la décision *Zielinski*,

¹⁸ Jean-Éric Schoettl, *AJDA* 2000.53.

¹⁹ En ce sens, v. les conclusions de Catherine Bergeal sur l'arrêt du Conseil d'État du 11 juillet 2001, *Ministre de la défense c/ Préaud (RFDA 2001.1047)* selon laquelle l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relativement aux validations législatives a déjà contribué à resserrer le contrôle que le Conseil constitutionnel opère sur les lois de validations depuis 1980.

²⁰ À la suite de la jurisprudence *Zielinski*, les juges ordinaires n'ont en effet pas hésité à censurer, au regard de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, des lois françaises, parmi lesquelles certaines avaient été déclarées conformes à la Constitution par le juge constitutionnel. V. par exemple l'arrêt du Conseil d'État du 28 juillet 2000 dans lequel il a été jugé, conformément aux recommandations du commissaire du gouvernement Henri Savoie, que l'article 67 de la loi du

le Conseil constitutionnel a renforcé son contrôle sur les validations législatives puisque, dans la décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999, il a adopté la grille d'analyse de la Cour de Strasbourg en exigeant désormais que le législateur poursuive un intérêt général suffisant²¹ pour procéder à une validation : il n'exigeait jusque là qu'un simple intérêt général alors que la Cour européenne imposait que le législateur poursuive « d'impérieux motifs d'intérêt général [pour pouvoir justifier son ingérence] dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige »²².

41. Quoique significative, cette évolution n'a pas hissé les exigences constitutionnelles à la hauteur de celles de la Cour européenne si bien qu'il est ultérieurement à nouveau arrivé qu'une loi ayant été reconnue conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel soit censurée sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ainsi, dans l'affaire du permis de construire accordé à la Fondation Louis Vuitton pour l'édification d'un musée dans le bois de Boulogne, le Conseil constitutionnel a considéré, dans la décision n° 2011-224 QPC du 24 février 2012, que la validation législative est conforme à la Constitution notamment dans la mesure où elle répond à un but d'intérêt général suffisant ; en revanche, appréciant la conventionnalité de ce dispositif, la cour administrative d'appel de Paris a considéré qu'il ne répond pas à un impérieux motif d'intérêt général et en a donc écarté l'application²³.

42. L'évolution dans le sens d'un renforcement de la jurisprudence constitutionnelle relative aux lois de validation sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme a donc connu une ultime étape assez récemment. En effet, dans la décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2013, le Conseil constitutionnel a aligné son considérant de principe sur celui de la Cour de Strasbourg en exigeant

12 juillet 1999 qui validait le décret en Conseil d'État du 21 octobre 1998 autorisant l'institution d'une redevance sur un ouvrage dit "boulevard périphérique nord de Lyon" était incompatible avec les stipulations de l'article 6§1 de la Convention européenne (*M. Tête et Association du "Collectif pour la gratuité, contre le racket"*, RFDA 2001, p. 126)

Du côté des juridictions judiciaires, la Cour de cassation a également tenu compte de la jurisprudence strasbourgeoise par exemple dans deux arrêts du mois de juin 2000 (Cass. soc. 8 juin 2000, *Clinique Ambroise Paré c/ CPAM du Haut- Vivarais et autres, Polyclinique Marchand c/ Caisse de prévoyance et de retraite SNCF* (deux arrêts), Bull. civ. V, n° 225, p. 175 ; Cass. civ. 1^{re} 20 juin 2000, *Époux Lecarpentier c/ SA Royal Saint-Georges banque, SA Crédit Lyonnais c/ Époux Saint-Adam* (deux arrêts), Bull. civ. I, n° 191, p. 123 ; RFDA 2000, p. 1189, conclusions Jerry SAINTE-ROSE, note Bertrand Mathieu).

²¹ Cons. n° 8.

²² V. l'arrêt *Zielinski*, § 57.

²³ CAA Paris 18 juin 2012, n° 11PA00758.

désormais lui aussi un intérêt général impérieux, et plus simplement suffisant, pour fonder une loi de validation. Cette évolution lui permet d'approfondir le contrôle de proportionnalité qu'il exerce, à l'occasion de l'examen des lois de validation, entre les intérêts généraux et particuliers en présence, à l'instar de la démarche de la Cour européenne. En témoigne la minutie avec laquelle, dans cette décision, le Conseil constitutionnel apprécie les différents motifs avancés par le législateur pour justifier la validation litigieuse : il constate ainsi que la validation est justifiée non seulement par un intérêt financier – à savoir la prévention des conséquences financières résultant du remboursement d'impôts déjà versés – mais aussi par la volonté de mettre fin à des années de contentieux causées par le fondement législatif incertain sur lequel reposaient des délibérations de syndicats mixtes instituant le “versement transport”, d'éviter une multiplication de réclamations fondées sur la malfaçon législative révélée par des arrêts de la Cour de cassation²⁴ et d'enrayer le désordre qui s'en est suivi dans la gestion des organismes en cause.

43. Au final, il aura fallu quinze années pour que le Conseil aligne parfaitement sa jurisprudence relative aux validations législatives sur celle de la Cour européenne des droits de l'Homme, en passant par l'étape de l'exigence d'un intérêt général suffisant.

44. L'examen de la jurisprudence constitutionnelle française relative aux lois de validation a permis d'illustrer un thème déjà ancien, celui de l'influence générale de la Cour de Strasbourg sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel aboutissant à une fécondation du système français des droits fondamentaux par les exigences européennes. Cette influence semble par ailleurs renouvelée depuis l'entrée en vigueur de la QPC.

B - Le renouvellement de l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'heure de la QPC

45. Il est certain que la mise en place de la QPC a accéléré le processus de juridictionnalisation de la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel de sorte qu'il réponde aux exigences du droit à un procès équitable sis à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ; en témoignent l'organisation du contradictoire ou de la publicité des audiences par la loi organique du 10 décembre 2009, qui modifie l'ordonnance organique de 1958 relative au Conseil constitutionnel²⁵.

²⁴ Arrêts du 20 septembre 2012, n° II-20264 et II-20265.

²⁵ Pour plus de précisions à ce sujet, v. *infra* §§ 206 ss.

46. En revanche, il pèse plus d'incertitudes sur l'accélération de la fécondation de la protection des droits de l'Homme par le Conseil constitutionnel sous l'influence de la Cour de Strasbourg.

47. La thèse d'une telle accélération est suggérée par trois éléments. Tout d'abord, l'article 61-1 C a renforcé l'identité matérielle entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité tant il réduit le contrôle *a posteriori* de la conformité des lois à la Constitution au champ des droits et libertés, en excluant donc et par exemple du champ de la QPC le contrôle du respect des règles de la procédure législative. Étant donné que le contrôle de conventionnalité est exclusivement un contrôle de la fondamentalité des droits nationaux, son recoupement avec le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois tel qu'il existe en France est désormais parfait. Ensuite, le constituant de 2008 a créé une augmentation considérable des hypothèses dans lesquelles la constitutionnalité des lois peut être contrôlée puisque c'est désormais tout justiciable, et non un nombre limité d'autorités politiques, qui peut enclencher le contrôle de constitutionnalité d'une loi. Aussi, les hypothèses de voir la constitutionnalité puis la conventionnalité d'une même loi successivement contrôlées se multiplient depuis l'entrée en vigueur de la QPC. Enfin, le contrôle de constitutionnalité dans le cadre de la QPC et le contrôle de conventionnalité opéré par le juge ordinaire sont tous deux des contrôles *a posteriori* si bien qu'ils se ressemblent de plus en plus ; cette ressemblance n'est pas parfaite²⁶ – bien au contraire – mais il est tout de même possible, à ce stade de l'analyse de souligner une certaine similitude.

48. D'autres éléments peuvent néanmoins laisser penser que le contrôle de conventionnalité a moins d'influence que par le passé sur le contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, la QPC a rendu subsidiaire la protection conventionnelle des droits fondamentaux²⁷. Conformément au souhait du législateur organique, le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité permet en principe d'écarter une loi violant une liberté fondamentale sans avoir recours au contrôle de conventionnalité mais en utilisant la Constitution, qui conforte ainsi sa place au sommet de l'ordre juridique. Ce n'est que si la protection constitutionnelle n'est pas suffisante que la question pourra être déplacée sur le terrain conventionnel. La subsidiarité de la protection conventionnelle par rapport à la protection

²⁶ V. *infra* §§ 61 ss.

²⁷ Bertrand Mathieu, "La QPC, une protection efficace des droits et libertés ?", *JCP éd. générale* 2013, n° 11-12, 283, p. 514.

constitutionnelle se teinte alors de complémentarité.

49. Face à toutes ces incertitudes, il est donc intéressant de porter un regard renouvelé sur les interactions des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité des lois dans la protection des droits fondamentaux²⁸.

50. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le contrôle de constitutionnalité des lois à l'heure de la QPC s'exerce tant pendant la phase du filtre des questions de constitutionnalité par les juridictions ordinaires (1) qu'à l'occasion du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel lui-même (2).

I. L'influence du contrôle diffus de conventionnalité sur le filtrage des QPC par le juge ordinaire

51. Dans le système mis en place par le législateur organique en décembre 2009, les juridictions ordinaires filtrent les questions de constitutionnalité dirigées par les justiciables contre les lois en vigueur au regard notamment de leur caractère sérieux. L'identité matérielle déjà soulignée entre les droits et libertés conventionnellement et constitutionnellement consacrés explique que le contrôle de conventionnalité a vocation à influencer les juges du filtre de la QPC. Il apparaît en effet évident qu'à vocation à être considérée comme sérieuse la question qui porte sur une disposition législative qui a été déclarée inconstitutionnelle ou qui risque de l'être.

52. Il existe une multitude de dispositions dont l'inconstitutionnalité a pu être prononcée par la Cour européenne des droits de l'Homme mais surtout par le Conseil d'État, la Cour de cassation ou les juridictions qui relèvent de l'un comme de l'autre. Ainsi, chaque juge ordinaire peut s'appuyer sur l'inconstitutionnalité constatée par tel ou tel de ses homologues, de l'ordre judiciaire comme administratif pour filtrer les QPC qui lui sont soumises. Au final, le paradoxe est que les juges du filtre s'influencent eux-mêmes : c'est parce qu'ils ont eux-mêmes déclaré la contrariété d'une loi avec un droit fondamental consacré par la Convention européenne des droits de l'homme qu'ils vont être incités à considérer comme sérieuse la question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre cette même loi et qui invoque la

²⁸ "Les interactions des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité des lois dans la protection des droits fondamentaux", in *Droit international et démocratie*, Anne-Laure Cassard-Valembos et Fanny Malhière (dir.), actes de la journée d'études organisée à Dijon le 20 septembre 2013, dans le cadre des journées d'études décentralisées de l'Association française de droit constitutionnel, éd. Eska, 2015, pp. 65 à 86.

violation du principe constitutionnel équivalent. Selon certains auteurs, cette incitation ressemble même à une présomption²⁹, justifiée par « un devoir minimal de cohérence »³⁰.

53. Les juges ordinaires reconnaissent parfois de manière explicite l'influence qu'exerce sur eux le contrôle de conventionnalité de la loi lors du filtrage des QPC. Ainsi et par exemple, dans l'arrêt *SCI La Saulaie* du 16 juillet 2010³¹, le Conseil d'État n'a pas renvoyé au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution de l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme (qui pose le principe de la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme) dès lors qu'il avait jugé, dans un arrêt du 3 juillet 1998³², que ce principe n'est pas contraire au droit de propriété tel qu'il est consacré par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme.

54. En dehors de toute reconnaissance explicite du juge du filtre de l'influence qu'il subit, la doctrine a pu expliquer certains refus de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel comme une conséquence de la reconnaissance antérieure de la conventionnalité de la disposition législative en cause. Ainsi et par exemple, quoi que regrettée, l'absence initiale de transmission par la Cour de cassation de la QPC relative à la loi Gayssot en tant qu'elle est relative à l'incrimination de contestation de crimes contre l'Humanité s'explique certainement par le fait qu'elle avait depuis longtemps et à plusieurs reprises jugé cette incrimination conforme à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme³³.

55. Ces exemples ne doivent pas masquer que l'appréciation de la conventionnalité d'une disposition législative n'emporte pas nécessairement la même solution concernant sa constitutionnalité pour plusieurs raisons.

56. Tout d'abord, il n'existe pas d'identité parfaite entre les catalogues

²⁹ Pascale Deumier, "QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage)", *RTD civ.* 2010.499.

³⁰ Sophie-Justine Liéber et Damien Botteghi, "Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ?", *AJDA* 2010.1355.

³¹ Req. n° 334665.

³² Arrêt *Bitouzet*, req. n° 158592.

³³ Cass. crim. 23 févr. 1993, Bull. crim. n° 86 ; 20 déc. 1994, Bull. crim. n° 424 ; 12 sept. 2000, *Dr. pénal* 2001, comm. n° 4.

Finalement, dans une décision du 8 octobre 2015, la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une QPC portant sur l'article 24 bis de la loi Gayssot et celui-ci s'est prononcé dans le sens de sa conformité à la Constitution dans la décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016.

conventionnel et constitutionnel de droits fondamentaux. Ensuite, l'influence du contrôle de conventionnalité sur le filtrage des QPC apparaît à géométrie variable en ce sens que l'inconventionnalité d'une disposition législative emporte une véritable présomption du caractère sérieux de la QPC posée à son encontre alors que la reconnaissance de la conformité à la Convention européenne d'une disposition législative n'a pas totalement vocation à exclure le caractère sérieux de la QPC posée à son encontre. Enfin, dès lors que les juges qui relèvent du Conseil d'État ou de la Cour de cassation exercent un contrôle plus superficiel sur le caractère sérieux des QPC que leurs cours suprêmes³⁴, l'influence du contrôle de conventionnalité sur le filtrage des QPC a vocation à être plus manifeste lorsque le juge du filtre est une juridiction qui relève du Conseil d'État ou de la Cour de cassation que lorsqu'il est l'une de ces deux cours suprêmes.

2. L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur les décisions QPC du Conseil constitutionnel

57. L'influence de la Cour européenne sur la construction et l'interprétation du catalogue français des droits fondamentaux a déjà été évoquée grâce à l'exemple des validations législatives et l'avènement de la QPC n'a pas, de ce point de vue, modifié sensiblement les choses. Certes, un certain nombre de décisions QPC reflètent l'influence européenne et la première d'entre elles est certainement la décision dite "Garde à vue"³⁵. Par ailleurs, il apparaît que le Conseil constitutionnel apprécie la notion de « droits et libertés que la Constitution garantit » à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁶. Cependant, l'influence européenne sur le fond des décisions QPC ne relève pas d'une logique différente de celle qui préside à l'influence européenne sur les décisions DC et il ne semble dès lors pas nécessaire de développer cette question à nouveau.

58. L'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité a en revanche substantiellement modifié la nécessité qu'a désormais le Conseil constitutionnel de tenir compte de la jurisprudence européenne lorsqu'il module les

³⁴ Selon l'article 23-2, alinéa 1, 3° de l'ordonnance organique de 1958 modifiée relative au Conseil constitutionnel, les juridictions qui relèvent du Conseil d'État ou de la Cour de cassation doivent vérifier que la QPC « n'est pas dépourvue de caractère sérieux » alors que selon l'article 23-4, le Conseil d'État et la Cour de cassation doivent vérifier que la question « présente un caractère sérieux ».

³⁵ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

³⁶ Nicole Belloubet, "Huit femmes membres du Conseil constitutionnel", *Le pouvoir, mythes et réalité, Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Tome 1, Presses de l'Université de Toulouse 1 capitole, 2014, p. 112.

effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité qu'il prononce. En principe, les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par le Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution n'ont d'effet que pour l'avenir, à compter de l'entrée en vigueur de la décision. L'article 62, alinéa 2, de la Constitution prévoit en outre que le Conseil constitutionnel peut reporter dans le temps les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, à une date qu'il détermine lui-même. Ce même alinéa prévoit encore que le Conseil doit déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. Le Conseil constitutionnel a enfin lui-même précisé, dans les décisions n^{os} 2010-108 QPC et 2010-110 QPC du 25 mars 2010, que « si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et 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 du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration »³⁷. Il appartient désormais au Conseil constitutionnel d'utiliser ce pouvoir multiforme de modulation des effets dans le temps de ses décisions d'inconstitutionnalité de telle sorte que le contrôle de conventionnalité des lois n'ôte pas tout effet utile à ses décisions, du point de vue du justiciable. En effet, le recours à la Convention européenne des droits de l'Homme peut servir à écarter l'application d'une disposition législative qui a été déclarée contraire à la Constitution mais dont les effets dans le passé restent intacts. Ainsi et par exemple, dans une décision du 16 janvier 2013³⁸, le Conseil d'État a tiré les conséquences de l'abrogation pour l'avenir des dispositions législatives relatives à la cristallisation des pensions prononcée dans la décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010 et, pour la période antérieure non concernée par l'abrogation, il a écarté l'application de la disposition législative dont il s'agit au regard de sa contrariété avec les exigences de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

59. Il est bien évident que le Conseil constitutionnel ne peut pas aller au-delà de ce à quoi la Constitution l'autorise ; en clair, il ne peut pas faire produire d'effet rétroactif à ses décisions d'inconstitutionnalité. Il dispose néanmoins d'une certaine marge de manœuvre pour réussir à éviter que les effets du contrôle de

³⁷ Considérant 5 de la décision n° 108 QPC et 8 de la décision n° 110 QPC.

³⁸ Req. n° 337662.

constitutionnalité soient tels qu'ils ne servent finalement pas aux justiciables qui l'initient et que ceux-ci préfèrent donc continuer à utiliser l'exception d'inconstitutionnalité. Le Conseil constitutionnel en a eu certainement conscience lorsqu'il a posé le principe selon lequel la QPC doit en principe bénéficier à son auteur³⁹.

60. L'influence du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit national et en particulier sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel est ainsi manifeste autant que polymorphe. Elle risque en outre d'être renforcée en raison du fait que la France a signé le protocole additionnel n° 16 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui institutionnalise un dialogue entre la Cour et les juridictions nationales. Le rapport émis par le Groupe des sages au Comité des ministres du Conseil de l'Europe en novembre 2006 avait proposé cette procédure afin de « favoriser le dialogue entre les juges et [de] renforcer le rôle “constitutionnel” de la Cour ». Au final, le nouveau texte permet aux « plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante » d'« adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »⁴⁰. Les juridictions nationales devront dûment motiver et documenter leurs demandes d'avis⁴¹ qui seront nécessairement initiées « dans le cadre d'une affaire pendante devant elle[s] »⁴². Ce protocole ne s'appliquera que dans les États qui l'ont signé et entrera en vigueur trois mois après que dix États l'aient ratifié. L'une de ses particularités est qu'il laisse à chaque État le soin d'établir la liste de ses « hautes juridictions » habilitées à solliciter un avis. Pour la France, il n'a jamais fait de doute que le Conseil d'État et la Cour de cassation avaient vocation à entrer dans le champ de ce dispositif. Pour le Conseil constitutionnel, la question apparaissait plus problématique dès lors qu'il est contraint par de brefs délais de jugement, *a priori* peu compatibles avec un mécanisme d'avis consultatif. Cependant, le Conseil constitutionnel a déjà utilisé le mécanisme du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne, en dépit de la brièveté de son délai de jugement ; ainsi, dans une décision du 4 avril 2013, il a interrogé la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation de la

³⁹ V. les décisions n°s 2010-108 QPC et 2010-110 QPC précitées.

⁴⁰ Article 1er § 1 du protocole additionnel n° 16 de la Convention européenne des droits de l'Homme adopté le 10 juillet 2013 et ouvert à la signature le 2 octobre 2013.

⁴¹ Article 1er § 3.

⁴² Article 1er § 2.

décision-cadre du 13 juin 2002 instituant le mandat d'arrêt européen⁴³. Par ailleurs, dès lors qu'en tant que juge électoral, le Conseil constitutionnel est un juge ordinaire suprême, il se trouve dans une situation similaire à celle du Conseil d'État ou de la Cour de cassation et il ne pouvait dès lors raisonnablement pas être exclu de la procédure d'avis. Certes, les autorités françaises pouvaient décider de laisser le Conseil constitutionnel accéder à la procédure d'avis uniquement en tant que juge électoral et exclure qu'il puisse demander des avis à la Cour européenne au titre de ses autres compétences, notamment de contrôle *a priori* ou *a posteriori* de la constitutionnalité des lois. Il semble toutefois globalement opportun que le Conseil constitutionnel puisse demander son avis à la Cour de Strasbourg, s'il l'estime nécessaire, de sorte qu'il s'inscrive pleinement dans le mouvement européen de dialogue des cours suprêmes qui, quoi que dynamique, connaît néanmoins certains phénomènes de résistance.

§ 2 : La persistance de spécificités nationales

61. L'enrichissement des systèmes européens de droits et libertés fondamentaux sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme connaît effectivement certaines limites. Concernant le droit français, il existe par exemple des divergences assumées de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme. Plus précisément, les spécificités françaises tiennent au contenu du catalogue des droits fondamentaux (A) autant qu'à la nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les lois (B).

A - La spécificité tenant au contenu du catalogue français des droits fondamentaux

62. L'identité matérielle des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité est réelle, ainsi que cela a précédemment été signalé, en raison du fait qu'ils consistent tous les deux en un contrôle de conformité de la loi aux droits et libertés fondamentaux, quel qu'en soit leur vecteur⁴⁴. Cependant, les catalogues constitutionnel et conventionnel de droits et libertés fondamentaux ne coïncident pas parfaitement : ils présentent chacun leur spécificité, si bien que des lois ont pu être abrogées par le Conseil constitutionnel alors qu'elles avaient été déclarées conformes à la Convention européenne des droits de l'Homme et, inversement, des

⁴³ Par sa décision n° 2013-314 P QPC du 4 avril 2013, le Conseil constitutionnel a, pour la première fois, saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle.

⁴⁴ Selon l'expression du professeur Joël Andriantzimbavina, ils consistent tous deux en un contrôle de fondamentalité ("L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ?", *RFDA* 2002, p. 124).

dispositions législatives ont été censurées au regard de la Convention européenne alors qu'elles avaient obtenu un brevet de constitutionnalité.

63. Les catalogues de droits fondamentaux ne coïncident pas parfaitement pour deux raisons : soit certains principes sont consacrés constitutionnellement mais ne le sont pas conventionnellement, ou l'inverse (1), soit, lorsque les mêmes principes existent, le niveau d'exigence n'est pas le même (2).

1. L'existence de principes n'ayant pas d'équivalent dans les catalogues européen et constitutionnel

64. Sans être exhaustif, il apparaît que la Cour européenne des droits de l'Homme ne reconnaît pas le principe de l'individualisation des peines, qui est pourtant consacré par le Conseil constitutionnel, ainsi que le précise d'ailleurs le commentaire officiel de la décision n° 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010⁴⁵.

65. Inversement, le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas le principe de sécurité juridique, pourtant consacré par la Cour européenne des droits de l'homme ⁴⁶ . Plus précisément, le Conseil constitutionnel n'a pas reconnu explicitement le principe de sécurité juridique mais il est possible de penser qu'il l'a implicitement constitutionnalisé⁴⁷.

2. La différence de niveau d'exigence s'agissant des mêmes principes

66. Si le Conseil constitutionnel a longtemps été moins exigeant que la Cour européenne en matière de contrôle des lois de validation, il a précédemment été montré qu'il a fait évoluer sa jurisprudence pour la mettre au niveau des exigences européennes. Aujourd'hui, il est possible en revanche de noter qu'en matière de principe d'impartialité des juridictions, le Conseil constitutionnel est, à certains égards, moins exigeant que la Cour européenne. C'est plus précisément la question des liens entre les membres d'une juridiction et le pouvoir exécutif qui pose problème. En effet, les arrêts *Medvedyev* ont jeté de sérieux soupçons sur la possibilité du parquet français à pouvoir être considéré comme une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention, en raison du lien hiérarchique qui existe entre le parquet et le pouvoir exécutif, tenant notamment aux conditions de nomination de ses membres. Plus précisément, dans cette affaire et dans un premier arrêt rendu le

⁴⁵ Mustapha Afroukl, "Constitutionnalité et conventionnalité : La modulation des peines", *RFDA* 2012.626.

⁴⁶ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n°31, § 58.

⁴⁷ Pour plus de précisions à ce sujet, v. *infra*, §§ 112 .

10 juillet 2008 par l'une des chambres de la Cour européenne, il a été affirmé que le Procureur de la République n'est pas une « autorité judiciaire » au sens de la Convention car il lui manque l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Puis, dans un second arrêt émanant de la grande chambre en date du 29 mars 2010, la cour n'est pas aussi explicite : elle ne confirme pas l'affirmation selon laquelle le parquet n'est pas une autorité judiciaire, profitant du fait que cette question ne se posait plus en l'espèce ; elle n'infirme pas pour autant sa précédente affirmation. Au final, il faut se référer à la jurisprudence antérieure de la Cour selon laquelle le parquetier peut être un « magistrat » au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme mais à certaines conditions qui permettent notamment mais précisément de garantir son indépendance vis-à-vis de l'exécutif⁴⁸. Ainsi, cette jurisprudence est « préoccupante pour le parquet au regard des exigences conventionnelles »⁴⁹ dès lors que le Conseil constitutionnel considère pour sa part, et sans poser aucune condition, que le parquet fait partie de l'autorité judiciaire comme les magistrats du siège, dans la décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010⁵⁰, confirmée par la décision n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011⁵¹.

B - La spécificité tenant à la nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les lois

67. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, *a priori* comme *a posteriori*, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle abstrait⁵². La Cour européenne des droits de l'Homme exerce de son côté un contrôle concret. Cette différence de nature entre les contrôles peut conduire les juridictions suprêmes à adopter des solutions différentes, même si elles ne sont pas pour autant contradictoires, comme l'illustrent des affaires relatives à la justice pénale des mineurs⁵³.

68. En effet, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la question de la spécificité du juge compétent pour juger les mineurs dans deux décisions rendues à

⁴⁸ CEDH 4 déc. 1979, *Schiesser c/ Suisse*, Série A n° 34, § 27 s.

⁴⁹ Jean-François Renucci, "L'affaire Medvedyev devant la Grande chambre : les « dits » et les « non-dits » d'un arrêt important", *D.* 2010.1386.

⁵⁰ Cons. II.

⁵¹ Cons. 8.

⁵² Pour plus de précision sur le choix d'un contrôle de telle nature, notamment dans le cadre du contentieux *a posteriori*, v. *infra* §§ 246 ss.

⁵³ **"La responsabilité pénale des mineurs; le point de vue du constitutionnaliste", in *Droit constitutionnel et grands principes du pénal*, Actes du colloque organisé à Bordeaux les 7 et 8 novembre 2011, éd. Cujas, collection Actes et études, 2013.**

l'été 2011. Il s'agit des décisions n^{os} 2011-147 QPC et 2011-635 DC rendues respectivement les 8 juillet et 4 août 2011. Dans la première, il a censuré la présidence du Tribunal pour enfants par le juge des enfants qui a conduit l'instruction et dans la seconde il a considéré que viole le principe d'impartialité des juridictions la présidence du Tribunal correctionnel des mineurs par le juge des enfants qui a été en charge de l'instruction de l'affaire.

69. Ces deux décisions et la solution qu'elles consacrent doivent être rapprochées des décisions rendues dans des affaires similaires par la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans un arrêt *Nortier c/ Pays-Bas* du 24 août 1993⁵⁴, elle avait admis la possibilité qu'un juge des enfants puisse instruire puis juger une affaire. Ensuite, dans l'arrêt *Adamkiewicz c/ Pologne* du 2 mars 2010⁵⁵, la Cour a considéré que le principe d'impartialité des juridictions a été violé parce qu'un même juge (aux affaires familiales en l'espèce) a instruit puis jugé une affaire condamnant un mineur. Ces deux décisions ne sont pourtant pas contradictoires car, c'est à la suite d'un examen concret des faits de chaque espèce que la Cour s'est prononcée. Plus précisément, elle a examiné dans chaque cas l'usage fait par le juge de ses pouvoirs au cours de l'instruction pour apprécier si le principe d'impartialité avait ou non été violé. Ainsi, dans la première affaire, elle considère qu'il importe peu que le juge ait « pris des décisions avant le procès, notamment sur la détention provisoire [car] ce qui compte est la portée et la nature des mesures en question » ; or, elle a constaté que le juge n'a fait usage de ses pouvoirs d'instruction que s'agissant de la détention provisoire et qu'alors, les questions qu'il a eu à trancher ne coïncidaient pas avec celles qu'il a dû traiter en se prononçant sur le fond. Dans la seconde affaire, la Cour explique « que le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte, c'est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès ». Puis elle conclut à la violation du principe d'impartialité parce que le magistrat s'était auto-saisi, avait instruit seul le dossier avant de renvoyer le mineur devant le tribunal qu'il présidait.

70. Ainsi, dans ses décisions n^o 147 QPC et 635 DC, le Conseil semble être allé au-delà des exigences de la Cour de Strasbourg s'agissant de la conception du principe d'impartialité des juridictions, ce qui a d'ailleurs créé une certaine déception chez les observateurs et les professionnels de la justice pénale des mineurs dans la

⁵⁴ Req. n^o 13924/88.

⁵⁵ Req. n^o 54729/00.

mesure où, en faisant prévaloir le principe d'impartialité des juridictions, le Conseil constitutionnel a par là-même sacrifié l'exigence de spécificité du juge compétent pour les mineurs⁵⁶ et donc le principe de l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs⁵⁷.

71. Cependant, ce n'est pas une conception différente du principe d'impartialité des juridictions qui explique la différence entre les solutions adoptées à Paris et à Strasbourg ; c'est la différence de nature des contrôles qui est la clé. Le caractère apparemment plus strict de la conception constitutionnelle du principe d'impartialité résulte en fait du caractère abstrait de l'appréciation portée par le Conseil constitutionnel, alors que la Cour européenne a, pour sa part et ainsi que cela a déjà été signalé, concrétisé son contrôle. Au final, le contrôle de constitutionnalité à la française présente bien une spécificité par rapport au contrôle de conventionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'Homme : ces deux contrôles ne se confondent pas si bien que, sur une même affaire, des solutions différentes peuvent être rendues à Paris et à Strasbourg en raison de la nature du contrôle exercé ici et là.

⁵⁶ Il convient néanmoins de remarquer que le Conseil constitutionnel n'a pas interdit de manière générale le cumul, par le juge des enfants, des fonctions d'instruction et de jugement. En effet, il résulte de la décision n° 2011-635 DC que ce cumul est autorisé pour toutes les décisions d'assistance, de surveillance et d'éducation, c'est-à-dire lorsque le juge exerce sa mission dans une logique éducative. Ce n'est que lorsque le juge des enfants exerce une fonction répressive que le cumul est condamné.

⁵⁷ En effet, l'intérêt de voir le même juge instruire puis juger une affaire concernant un mineur résulte certainement de la connaissance de la personnalité du mineur que le magistrat est en mesure d'acquérir pendant la phase d'instruction, connaissance qui est assurément le gage d'une meilleure individualisation de la peine au moment du jugement. Dans le droit applicable à la suite de la censure constitutionnelle, le juge pour enfant qui préside la formation de jugement peut apprendre à connaître le mineur au regard du dossier de personnalité de l'enfant dont l'existence est prévue par l'article 5-2 de l'ordonnance de 1945 modifiée. Cependant, un dossier ne saurait faire aussi bien ressortir toutes les facettes d'une personnalité qu'une fréquentation du mineur tout au long de l'instruction. La décision qui sera prise au final par le juge sera ainsi certainement plus objective que par le passé, sans que l'on puisse pour autant s'en réjouir, car elle risque de ne pas permettre aussi bien le relèvement éducatif et moral du mineur.

Chapitre 2 : L'enrichissement du catalogue des droits et libertés fondamentaux

72. Au sens matériel, la Constitution comprend non seulement les règles relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir mais aussi un catalogue de droits et libertés fondamentaux. Ce catalogue n'est pas figé ; plus précisément, il s'enrichit progressivement. Cet enrichissement peut tout d'abord être le fait du constituant, avec plus ou moins de succès. Ainsi, le principe de parité entre les hommes et les femmes a effectivement été inscrit dans la Constitution⁵⁸ tandis que la Charte de l'environnement y a été adossée en 2005 ; en revanche, il semble que le projet de constitutionnalisation de la démocratie sociale récemment entrepris risque de ne pas aboutir⁵⁹. Cet enrichissement est également le fait de l'interprétation jurisprudentielle ; c'est alors le Conseil constitutionnel qui en est l'acteur principal, même s'il n'est pas exclu que les juges ordinaires interprètent eux aussi la Constitution⁶⁰.

73. L'enrichissement le plus important du catalogue des droits et libertés fondamentaux auquel a procédé le Conseil constitutionnel résulte bien évidemment de la décision fondatrice de 1971 par laquelle il a reconnu que les textes auxquels renvoie le préambule de la Constitution, et qui consacrent l'essentiel des droits civils, politiques, économiques et sociaux, font partie des normes de référence du contrôle

⁵⁸ Cette consécration a connu plusieurs étapes : la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 ajoute à l'article 3 de la Constitution de 1958 la disposition suivante "la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives" ; ensuite, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 étend le champ du principe de parité aux responsabilités professionnelles et sociales ; ainsi entendu, le principe de parité est désormais sis à l'article 1^{er} de la Constitution.

⁵⁹ Le 14 mars 2013 a été enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale un projet de loi constitutionnelle relatif à la démocratie sociale. La Commission des lois de l'Assemblée nationale a désigné un rapporteur, Monsieur Jean-Jacques Urvoas, puis a organisé certaines tables rondes notamment avec des professeurs d'Université. Mais le processus s'est arrêté là si bien qu'il semble possible de considérer, trois ans après, qu'il est mort-né. Pour plus de précisions à ce sujet, v. **"Heurts et malheurs du projet de constitutionnalisation de la démocratie sociale", intervention au colloque "Innovations et défis de la démocratie sociale" organisé à Dijon les 16 et 17 avril 2015 par Dominique Andolfatto, David Jacotot et Samuel Mercier, à paraître en 2016 aux éditions du Septentrion.**

⁶⁰ L'exemple le plus remarquable est sans doute celui de la reconnaissance d'un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République à laquelle a procédé le Conseil d'État dans l'arrêt *Koné* du 3 juillet 1996 (Ass., n° 169219).

de la constitutionnalité des lois⁶¹. Depuis 1971, le Conseil poursuit l'enrichissement matériel de la Constitution, de manière plus discrète, en découvrant ponctuellement de nouveaux droits et libertés fondamentaux, comme ce fut par exemple le cas avec la reconnaissance d'une dizaine de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou encore du principe de protection de la dignité de la personne humaine⁶².

74. La co-direction de la chronique de jurisprudence constitutionnelle aux *Petites affiches* entre 2005 et 2012 a notamment été l'occasion d'apporter un éclairage critique sur la reconnaissance de certains principes de valeur constitutionnelle ou sur l'interprétation des principes existants (Section 1). Mais l'un des phénomènes les plus paradoxalement remarquable, s'agissant de l'enrichissement du catalogue des droits et libertés de valeur constitutionnelle, est celui de la constitutionnalisation implicite de l'exigence de sécurité juridique. Ce phénomène est remarquable car plus d'une dizaine de décisions participent à ce processus et aboutissent à une protection effective de la sécurité juridique, principalement entendue comme clarté et prévisibilité de la loi. Ce caractère remarquable est paradoxal car cette constitutionnalisation reste implicite : le principe de sécurité juridique n'est pas reconnu en tant que tel par le Conseil constitutionnel mais seulement par le truchement d'un certain nombre des exigences qui en dérivent (Section 2).

Section 1 : Le façonnage continu du catalogue des droits et libertés fondamentaux

75. Il ne saurait être question de faire ici l'inventaire exhaustif et critique de tous les droits et libertés qui ont été consacrés par le Conseil constitutionnel depuis dix ou vingt ans. Il s'agit seulement d'illustrer un certain nombre d'évolutions du catalogue français des droits et libertés constitutionnels à partir des travaux que ce dossier vise à mettre en cohérence. Ces évolutions sont doubles : d'une part le Conseil constitutionnel reconnaît occasionnellement de nouvelles exigences constitutionnelles (§ 1) ; d'autre part, il cisèle la signification et/ou la portée de certains principes bien connus (§ 2).

§ 1 : La consécration de nouveaux droits et principes constitutionnels

76. La reconnaissance de nouveaux principes de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel a toujours lieu sur le fondement d'une disposition

⁶¹ Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971.

⁶² Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, "*Lois bioéthique*".

constitutionnelle, tant celui-ci ne se reconnaît pas un pouvoir identique à celui du Conseil d'État qui a découvert des principes généraux du droit en l'absence de tout fondement textuel. Il n'en reste pas moins que l'interprétation à laquelle se livre le Conseil constitutionnel pour découvrir un nouveau principe sur le fondement d'une disposition constitutionnelle peut être plus ou moins audacieuse ; en d'autres termes, le rattachement d'une nouvelle exigence constitutionnelle à une disposition figurant explicitement dans le texte de la Constitution peut être plus ou moins direct et intuitif. La catégorie même des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République l'illustre, et notamment l'un de ces principes, celui consacré à la justice pénale des mineurs⁶³ (A). La reconnaissance du droit d'accès à Internet révèle quant à elle la liberté avec laquelle le Conseil actualise certaines dispositions constitutionnelles⁶⁴ (B).

A - La reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République applicable à la justice pénale des mineurs

77. Il est bien connu que le premier principe fondamental reconnu par les lois de la République consacré par le Conseil constitutionnel est la liberté d'association, à l'occasion de la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 : le Conseil a considéré que le renvoi par le préambule de la Constitution de 1958 au préambule de la Constitution de 1946 qui fait lui-même référence aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République permet de conférer valeur constitutionnelle à certains principes législatifs. Le Conseil a ensuite fait prospérer cette catégorie de normes de valeur constitutionnelle en en reconnaissant huit autres jusqu'en 1989. Puis, il a cessé de puiser dans cette source. Le Conseil d'État a certes pris le relais en reconnaissant un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République dans l'arrêt *Koné*⁶⁵ mais cette initiative est restée isolée et n'avait donc pas suffi à revivifier une catégorie qui pouvait d'autant plus avoir l'air moribonde que le Conseil constitutionnel avait semblé faire machine arrière. Il a en effet retiré la qualité de principe fondamental reconnu par les lois de la République à certains principes pour mieux les rattacher à un autre fondement constitutionnel, moins indirect. Ainsi, les droits de la défense ou la liberté individuelle, consacrés en tant que principes

⁶³ "La responsabilité pénale des mineurs ; le point de vue du constitutionnaliste", in *Droit constitutionnel et grands principes du pénal*, Actes du colloque organisé à Bordeaux les 7 et 8 novembre 2011, éd. Cujas, collection Actes et études, 2013.

⁶⁴ Commentaire de la décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 dans la rubrique "Liberté d'expression et droit d'accès à Internet", *LPA* 2010, n° 98, pp. 11 et 12.

⁶⁵ CE 3 juillet 1996, *Moussa Koné*.

fondamentaux reconnus par les lois de la République respectivement en 1976⁶⁶ et 1977⁶⁷ ont finalement été rattachés le premier à l'article 16 de la Déclaration de 1789 et la seconde à l'article 66 de la Constitution.

78. La décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a reconnu un principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice pénale des mineurs a ainsi semblé ressusciter cette catégorie de principes constitutionnels, que la QPC a d'ailleurs fini de raviver dans la mesure où elle a donné lieu en 2011 à la reconnaissance d'un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République : la particularité du droit alsacomoisellan⁶⁸.

79. Le principe fondamental relatif à la justice pénale des mineurs a une signification très précise délivrée par le Conseil constitutionnel, dès la décision qui l'a consacré, dans un considérant qui n'a pas évolué depuis et a été à de nombreuses reprises réaffirmé. Il en ressort que sont des principes constitutionnels d'une part l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge et d'autre part la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants, par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées. Ce principe n'implique toutefois pas que les mesures contraignantes ou les sanctions doivent toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives ; ainsi et en particulier, les mineurs peuvent faire l'objet, en cas de nécessité, de mesures de placement, de surveillance, de retenue et même de détention pour ceux qui ont plus de treize ans⁶⁹. La justice pénale des mineurs présente ainsi une double spécificité : il existe un droit et des juridictions spécifiques pour les mineurs.

80. La décision n° 2002-461 DC n'est pas uniquement importante parce qu'elle a ravivé la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Elle a également révélé que les ordonnances de 1945 peuvent être une source de la légalité républicaine. En effet, le Conseil a posé trois conditions présidant à la reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République : le principe en question doit énoncer une règle suffisamment importante, trouver un ancrage dans la législation républicaine antérieure à 1946 et ne pas avoir subi d'atteinte substantielle par une autre loi antérieure à 1946. Or, la seconde condition a

⁶⁶ Décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, cons. 2.

⁶⁷ Décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, cons. 1.

⁶⁸ Décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, cons. 3 et 4.

⁶⁹ Cons. 26 de la décision n° 2002-461 DC.

été doublement éclaircie par la décision 461 DC. Le Conseil y fonde le principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice pénale des mineurs sur trois textes : la loi du 12 avril 1906 portant la majorité pénale à 18 ans, celle du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante. Il ne faisait aucun doute que les deux premiers textes pouvaient être des supports de reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon les critères que le Conseil constitutionnel a dégagés. Ce sont des lois adoptées par le Parlement français de la III^e République. L'ordonnance de 1945 a en revanche été adoptée par un Gouvernement, qui plus est dans une période dont il n'était pas si sûr qu'elle appartienne formellement à la République⁷⁰. En acceptant de fonder un principe fondamental reconnu par les lois de la République sur elle, le Conseil constitutionnel reconnaît ainsi que ce ne sont pas que les textes formellement législatifs qui peuvent être les vecteurs de ces principes ; par ailleurs, il inscrit la période de la Libération dans la continuité républicaine de la III^e République.

81. La reconnaissance du principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice pénale des mineurs était-elle indispensable ? La question semble légitimement pouvoir se poser dans la mesure où il apparaît que les différentes composantes de ce principe fondamental pouvaient être protégées grâce à des principes constitutionnels pré-existants, particulièrement les principes tirés des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, dont le Conseil a d'ailleurs pris soin de préciser qu'ils sont parfaitement applicables à la justice des mineurs⁷¹. Ainsi, l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge apparaît comme la conséquence logique du principe de nécessité des peines⁷², autant que du principe d'individualisation des peines, qui a cependant été explicitement consacré par le Conseil constitutionnel après 2002⁷³. De même, le principe du relèvement éducatif et moral peut résulter directement du principe de la nécessité des peines⁷⁴. La consécration du principe fondamental applicable à la

⁷⁰ Sur ce point, v. Michel Verpeaux, "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont-ils encore un avenir ?", *D.* 2004, p. 1540.

⁷¹ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 27.

⁷² Nathalie Deffains, "Le cadre constitutionnel de la justice pénale des mineurs", *Gaz. Pal.* 2011, n° 193-194, p. 15.

⁷³ Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005, cons. 3.

⁷⁴ Nathalie Deffains, art. cité, p. 15. V. également Jérôme Roux, "La reconnaissance par le Conseil constitutionnel du principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice des mineurs (à propos de la décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002)", *RDP* 2002, p. 1744.

justice pénale des mineurs présente néanmoins une double utilité. En premier lieu, elle permet de ne pas interpréter de manière trop extensive les principes de la Déclaration de 1789, sauf à leur faire perdre toute substance. En second lieu elle permet de donner de la visibilité aux exigences constitutionnelles applicables en matière de responsabilité pénale des mineurs. Il aurait été certainement possible au Conseil constitutionnel de rédiger un considérant de principe faisant apparaître un cadre constitutionnel à la justice pénale des mineurs à partir d'une interprétation croisée des principes de légalité, de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines. Mais il faut bien reconnaître que l'utilisation d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République a eu un effet bien plus retentissant. Elle a donné lieu à de nombreux articles, écrits par des pénalistes bien sûr, mais aussi et surtout par nombre de constitutionnalistes, heureux de pouvoir constater la renaissance de la catégorie contentieuse des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Au final, il apparaît que la reconnaissance de ce nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République a permis de délivrer un message au législateur : il existe désormais une limite constitutionnelle à la tendance d'alignement de la procédure pénale des mineurs sur celle applicable aux majeurs.

82. Le volontarisme dont a fait preuve le Conseil pour reconnaître ce nouveau principe contraste cependant avec le caractère peu contraignant qu'il lui a conféré. En effet, la tendance du législateur à aligner la justice des mineurs sur celle des majeurs n'est que faiblement contenue par la jurisprudence constitutionnelle, tant le Conseil considère que le pouvoir d'appréciation du législateur en la matière doit être respecté : c'est principalement à ce dernier qu'il incombe de concilier les principes constitutionnels de la justice pénale des mineurs avec les autres exigences constitutionnelles, notamment avec la nécessité de garantir l'ordre public et la répression des infractions⁷⁵. Il apparaît ainsi que la justice pénale des mineurs perd progressivement sa spécificité, car le droit applicable autant que les juridictions compétentes sont de moins en moins spécifiques. Concernant par exemple le déclin de la spécificité des juridictions pénales pour mineurs, il a déjà été précisé que le Conseil constitutionnel a censuré, sur le fondement du principe d'impartialité, la présidence des juridictions pour mineurs par le juge des enfants qui a instruit l'affaire, au détriment du principe de l'atténuation de la responsabilité pénale des

⁷⁵ Marie-Cécile Guérin, "Dix ans d'évolution de la justice pénale des mineurs : bilan et perspectives", *Droit pénal* n° 9 de septembre 2012, repère 8.

mineurs⁷⁶.

B - La reconnaissance du droit d'accès à Internet

83. Le droit d'accès à Internet a été reconnu par le Conseil constitutionnel dans une décision importante, la décision n° 2009-580 DC, rendue le 10 juin 2009⁷⁷. Cette décision est dite "Hadopi", du nom de l'autorité publique indépendante créée par la loi du même nom contrôlée en l'espèce par le Conseil. Comme toutes les décisions importantes, elle a été publiée sur le site Internet du Conseil non seulement en français mais aussi en anglais, en allemand et en espagnol. Le Conseil était appelé à se prononcer, notamment, sur la conformité à la Constitution de la possibilité pour la Commission des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet ("Hadopi") de restreindre ou d'empêcher l'accès à Internet, à titre de sanction, des personnes titulaires d'une ligne à partir de laquelle ont été effectués des téléchargements illégaux.

84. À cette occasion, et c'est ce qui fait toute l'importance de la décision, il reconnaît une nouvelle liberté fondamentale : la liberté d'accès à Internet, en tant que composante de la liberté de communication sise à l'article II de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Le Conseil constitutionnel a en effet considéré « qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, [le droit à la libre communication des pensées et des opinions] implique la liberté d'accéder à ces services »⁷⁸. Cette décision est également importante en ce qu'elle confirme le statut constitutionnel à part de la liberté d'expression et de communication car le Conseil rappelle qu'elle « est d'autant plus précieuse que son exercice est une des conditions de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés » (cons. 15). Autrement dit, la liberté d'expression et de communication semble considérée par le Conseil comme une liberté de premier rang – même s'il ne saurait exister de hiérarchie formelle entre les différentes normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois – en tant

⁷⁶ V. *supra* §§ 67 ss.

⁷⁷ La doctrine s'est d'ailleurs amusée à souligner qu'elle a été rendue à la date anniversaire d'une autre décision très importante, la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 qui a consacré l'exigence constitutionnelle de transposition des directives communautaires et posé le principe dit de la "directive-écran".

⁷⁸ Cons. 12.

qu'elle constitue à la fois un droit-garantie et un principe "chien de garde".

85. La liberté d'expression et de communication est un droit-garantie, ainsi que le disent d'ailleurs explicitement le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels [de la société démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »⁷⁹. Le considérant de principe utilisé par le juge de la rue de Montpensier est d'ailleurs plus explicite que celui de la cour de Strasbourg car il montre bien que c'est parce qu'elle est une des conditions de la démocratie que la liberté d'expression autorise le respect des autres droits et libertés ; il souligne ainsi le lien consubstantiel entre la démocratie et les libertés fondamentales et met en évidence que la démocratie n'est pas qu'un concept formel mais qu'elle postule autant qu'elle garantit le respect des droits et libertés.

86. La liberté d'expression et de communication est un principe "chien de garde" car elle permet de dénoncer les atteintes à la démocratie et la possibilité d'utiliser Internet pour s'exprimer, communiquer et défendre le cas échéant la démocratie est à cet égard d'une importance croissante, comme le constate d'ailleurs le Conseil constitutionnel qui fonde la reconnaissance du droit d'accès à Internet sur des constatations factuelles⁸⁰. En censurant le dispositif répressif de la loi "Hadopi", le Conseil constitutionnel crée ainsi les conditions d'une défense possible de la démocratie, grâce à Internet, dans les cas où elle pourrait être menacée, même s'il faut bien convenir que les enjeux que soulevait la loi déférée au Conseil constitutionnel étaient assez étrangers avec la défense de la démocratie.

87. La décision n° 2009-580 DC souligne également les deux dimensions de la liberté de communication. Elle protège autant les émetteurs que les récepteurs ; autrement dit, elle a une dimension active et une dimension passive. D'ailleurs, s'agissant d'Internet, ce sont les deux dimensions qui sont concernées, car Internet peut permettre à une même personne à la fois d'émettre des informations et d'en recevoir.

88. Quoi qu'il en soit, la reconnaissance du nouveau droit fondamental que

⁷⁹ CEDH 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, A24.

⁸⁰ En témoigne la formule « en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions » utilisée dans la décision (cons. 12). Le commentaire officiel de la décision précise également que le Conseil s'est fondé sur l'état des technologies, l'état du marché et les pratiques sociales.

constitue l'accès à Internet est donc très clairement lié à la liberté de communication reconnue par la Déclaration de 1789, qui s'en trouve ainsi considérablement actualisée. Il faut noter que le Conseil avait la possibilité de rattacher le droit d'accès à Internet à un autre principe constitutionnel : ainsi que le reconnaît le commentaire officiel de la décision 580 DC, « Internet peut [...] constituer un outil professionnel permettant l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie ». Si elle est répertoriée dans les tables analytiques de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas à proprement parler une liberté constitutionnelle ; c'est la liberté d'entreprendre, qui recoupe largement la liberté du commerce et de l'industrie, qui est en revanche consacrée en tant que principe de valeur constitutionnelle. Le Conseil aurait ainsi pu rattacher le droit d'accès à Internet non pas à l'article II de la Déclaration de 1789 mais à son article 4, en tant qu'il consacre le principe général de liberté et sert ainsi de fondement à la liberté d'entreprendre⁸¹. Toutefois, le Conseil a considéré qu'Internet est « fondamentalement, au-delà des usages qu'il peut en être fait, [...] un moyen de communication »⁸².

89. Curieusement, le commentaire officiel de la décision précise que la reconnaissance de la liberté d'accéder à Internet « ne revient pas à affirmer, comme le soutenaient les requérants, que l'accès à Internet est un droit fondamental » car « affirmer la liberté d'accéder à Internet ne revient pas à garantir à chacun un droit de caractère général et absolu d'y être connecté ». L'auteur de ce commentaire semble assimiler droit fondamental et droit général et absolu. Il semble pourtant bien possible de considérer que le droit d'accès à Internet est un droit fondamental, au sens formel, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un principe de valeur supra-législative car constitutionnelle, mais que sa portée n'est pas pour autant générale et absolue : il est possible d'apporter à ce droit des restrictions, notamment si elles sont justifiées par d'autres exigences constitutionnelles ou par l'intérêt général.

90. En conclusion, le droit d'accès à Internet a fondé la censure de plusieurs dispositions législatives. Tout d'abord, dans la décision qui a donné lieu à sa consécration, le Conseil l'a utilisé pour censurer le dispositif dit de la "riposte graduée" qui confiait à la Commission des droits de la Hadopi, qui n'est pas une autorité juridictionnelle, un pouvoir de sanction pouvant aller jusqu'à la suspension de l'accès à Internet. Ensuite, le Conseil a utilisé le droit d'accès à Internet dans le cadre de sa jurisprudence sur l'incompétence négative à deux reprises. Ainsi et tout

⁸¹ Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, cons. 26.

⁸² Commentaire officiel de la décision n° 2009-580 DC.

d'abord, dans la décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques, dès lors qu'il confie à des organismes désignés par le ministre chargé des communications électroniques l'attribution et la gestion des noms de domaine en se contentant de prévoir que l'attribution de ces noms de domaine est assurée « dans l'intérêt général, selon des règles non discriminatoires rendues publiques et qui veillent au respect, par le demandeur, des droits de la propriété intellectuelle » et en renvoyant, pour le surplus, à un décret en Conseil d'État. En effet, le législateur a entièrement délégué le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés ; il a ainsi méconnu l'étendue de sa compétence dès lors que le Conseil considère qu'« en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services dans la vie économique et sociale, notamment pour ceux qui exercent leur activité en ligne, l'encadrement, tant pour les particuliers que pour les entreprises, du choix et de l'usage des noms de domaine sur Internet affecte les droits de la propriété intellectuelle, la liberté de communication et la liberté d'entreprendre »⁸³. Ensuite, dans la décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, le Conseil reprend en substance le même raisonnement et la même formulation pour arriver aux mêmes fins. Il censure d'office, pour incompétence négative, l'article 3 de la loi relative à la protection de l'identité en considérant d'une part qu'« eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services dans la vie économique et sociale, les conditions générales dans lesquelles la carte nationale d'identité délivrée par l'État peut permettre à une personne de s'identifier sur les réseaux de communication électronique et de mettre en œuvre sa signature électronique, notamment à des fins civiles et commerciales, affectent directement les règles et les principes [consacrés aux deuxième et seizième alinéas de l'article 34 de la Constitution] et, par suite, relèvent du domaine de la loi »⁸⁴ et d'autre part que le législateur n'a précisé ni la nature des données aux moyens desquelles les fonctions électroniques comprises dans la carte nationale d'identité peuvent être mises en œuvre, ni les garanties assurant l'intégralité et la confidentialité de ces données, ni les conditions dans lesquelles d'opère l'authentification des personnes mettant en œuvre ces fonctions, notamment lorsqu'elles sont mineures ou bénéficient d'une mesure de protection

⁸³ Cons. 5.

⁸⁴ Cons. 13.

juridique.

§ 2 : L'interprétation de droits et principes existants

91. En tant que principal interprète de la Constitution, il n'appartient pas seulement au Conseil constitutionnel de découvrir de nouveaux principes induits pas le texte constitutionnel mais aussi d'interpréter les principes existants. L'interprétation des principes existants peut conduire le Conseil soit à en enrichir la signification comme à en restreindre considérablement la portée. Autrement dit, l'actualisation jurisprudentielle du texte constitutionnel peut avoir des effets parfaitement inverses, selon la disposition interprétée, ainsi que l'illustrent les cas de l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants de pensées et d'opinions d'une part (A) et des règles relatives à la nationalisation des entreprises d'autre part (B).

A - L'enrichissement de l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants de pensées et d'opinions

92. Le pluralisme des courants de pensées et d'opinions est l'un des tout premiers objectifs de valeur constitutionnelle qui a été consacré par les juges de la rue de Montpensier. En effet, dans la décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, le Conseil a reconnu qu'est un objectif de valeur constitutionnelle la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels⁸⁵. La formulation en a été "toiletée" dans la décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004 selon laquelle « le pluralisme des courants de pensées et d'opinions est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle [et] le respect de son expression est une condition de la démocratie »⁸⁶.

93. Le Conseil constitutionnel a enrichi le sens de cet objectif en précisant explicitement que l'exigence de pluralisme est applicable aux médias. Un premier pas en ce sens avait été effectué dans la décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984 car le Conseil considère qu'est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle « le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale »⁸⁷. Or, ces quotidiens sont des médias. La décision n° 2009-577 DC achève le processus car le Conseil constitutionnel affirme qu'« il appartient au législateur, dans le cadre de la compétence que lui a [...] reconnue le constituant, de fixer les règles relatives tant à

⁸⁵ Cons. 5.

⁸⁶ Cons. 23.

⁸⁷ Cons. 38.

la liberté de communication, qui découle de l'article II de la Déclaration de 1789, qu'au pluralisme et à l'indépendance des médias, qui constituent des objectifs de valeur constitutionnelle »⁸⁸. La consécration de l'indépendance des médias, aux côtés de l'objectif de pluralisme, ne fait que traduire la volonté du constituant exprimée en juillet 2008 lorsqu'il a complété l'article 34 C en prévoyant la compétence du législateur en matière de fixation des règles concernant « la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ». Le Conseil ne fait ainsi que transposer dans sa jurisprudence la nouvelle donne constitutionnelle. On peut toutefois s'étonner qu'il n'ait pas jugé utile de reprendre la formule complète utilisée par le constituant qui fait référence au triptyque « liberté, pluralisme, indépendance », ce qui laisse penser, par un raisonnement *a contrario*, qu'il nie la valeur constitutionnelle de l'exigence de liberté des médias sans que cela soit nullement impliqué par le texte constitutionnel.

94. Curieusement, dans cette décision, le Conseil n'a pas exploité tout le potentiel de l'objectif d'indépendance des médias qu'il avait pourtant pris la peine de reconnaître dans le prolongement de l'objectif de pluralisme des courants de pensées et d'opinions. Cette objectif figure en effet uniquement en tête de la décision, dans la partie où sont énoncées de manière générale les normes de constitutionnalité applicables, mais il n'est pas repris dans l'examen de la constitutionnalité des différents articles de la loi. Pourtant, le Conseil aurait utilement pu l'utiliser lorsqu'il a contrôlé les articles 13 et 28 de la loi qui lui était soumise, articles qui étaient relatifs respectivement à la nomination des présidents des sociétés nationales de programme par le Président de la République et à l'interdiction de la diffusion de messages publicitaires sur France télévisions à certaines heures. En effet, c'est bien l'indépendance des sociétés nationales de radio et de télévision qui est en cause dans les deux cas.

95. Concernant la procédure de nomination des présidents de France télévisions et de Radio France, le Conseil constitutionnel se contente de considérer que la nouvelle condition posée par le législateur, encadrant le pouvoir de nomination du Président de la République, à savoir l'avis conforme du Conseil supérieur de l'audiovisuel, constitue bien une garantie légale de la liberté de communication⁸⁹.

96. Concernant la suppression de la publicité sur France télévisions, le Conseil constitutionnel reconnaît lui-même que c'est l'indépendance de cette société qui est

⁸⁸ Cons. 3.

⁸⁹ Cons. 10.

en cause lorsqu'il affirme que cette interdiction va priver France télévisions d'une part significative de ses ressources et doit ainsi « être regardée comme affectant la garantie de ses ressources, qui constitue un élément de son indépendance »⁹⁰. Le Conseil aurait ainsi pu mobiliser explicitement l'objectif d'indépendance des médias pour apprécier si la suppression d'une partie des ressources publicitaires de France télévisions porte atteinte à son indépendance. Il semble en effet possible de considérer que les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont pas que des normes d'habilitation ou de conciliation entre exigences de valeur constitutionnelle mais également des normes contraignantes⁹¹. Ainsi, dans la décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition législative en tant qu'elle était « contraire tant à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qu'au principe de loyauté du suffrage »⁹². Cependant, le Conseil constitutionnel a préféré motiver sa décision en se référant aux exigences relatives à la compétence du législateur et à celles découlant de l'article II de la Déclaration de 1789⁹³ ce qui, sans être contestable, apparaît moins logique qu'une référence à l'objectif d'indépendance des médias.

97. Au final, la décision n° 2009-577 DC a certes permis au Conseil constitutionnel d'enrichir l'objectif de pluralisme des courants de pensées et d'opinion en le déclinant au bénéfice des médias mais sans que cela ait pour autant été l'occasion d'exploiter le potentiel de cet objectif. Le Conseil a par ailleurs pris soin de bien circonscrire la portée de l'objectif de pluralisme des courants de pensées et d'opinion en précisant qu'il est inopérant en matière sportive⁹⁴ et également lorsqu'il est invoqué pour contester une disposition législative relative à la représentation des associations familiales auprès des pouvoirs publics⁹⁵.

⁹⁰ Cons. 18.

⁹¹ Pour une opinion inverse, v. François Luchaire, "Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle", *RFDC* 2005/4, p. 675.

L'auteur souligne le cas spécial de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, mais ne considère pas pour autant qu'il est susceptible de fonder une censure constitutionnelle, à la différence du principe de clarté de la loi qui impose la même obligation au législateur. Il faut remarquer que cet article a été écrit avant que le Conseil constitutionnel renonce au principe de clarté au profit de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité (à ce sujet, v. *infra* § 140).

⁹² Cons. 26.

⁹³ Cons. 19.

⁹⁴ Décision n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004, cons. 24.

⁹⁵ Décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, cons. 8.

B - L'affaiblissement caractérisé des exigences de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946

98. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a affaibli de manière caractérisée les exigences de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946⁹⁶. Plus précisément, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, confirmée sur certains points par celle du Conseil d'État, a atrophié l'interdiction des privatisations qui découle de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « 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 ». Cet alinéa 9 concerne les nationalisations et, *a contrario*, les privatisations.

99. Concernant les nationalisations, le Conseil constitutionnel n'a jamais considéré qu'il constitue soit une limite, soit une obligation pour le législateur. Autrement dit, celui-ci n'est pas obligé de nationaliser un monopole de fait ou un service public national ; il est par ailleurs libre de nationaliser une entreprise qui ne constituerait ni un monopole de fait ni un service public national. Cette interprétation "neutralisante" de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 résulte d'un travail classique de conciliation entre plusieurs exigences de valeur constitutionnelle. En l'espèce, l'alinéa 9 du préambule de 1946 a été concilié avec les articles 2, 4 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui consacrent le droit de propriété ainsi que la liberté d'entreprendre.

100. Concernant les privatisations, l'alinéa 9 du préambule de 1946 semble constituer une limite à l'action du législateur et du Gouvernement, en leur interdisant de privatiser tout monopole de fait ou tout service public national. Cette interdiction n'a cependant jamais constitué un obstacle dirimant à une opération de privatisation. En effet, le Conseil constitutionnel considère que la notion de monopole de fait n'est pas une limite sérieuse à un projet de privatisation (1) et il a affaibli la notion de service public national (2).

I. L'interprétation restrictive de la notion de monopole de fait

101. L'évolution générale de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, depuis trente ans, va dans le sens d'un affaiblissement de la notion de monopole de fait.

⁹⁶ "Peut-on tout privatiser ? Actualité de l'interprétation de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 par les juges du Palais royal", Communication en centre de recherche (CRJFC), 2007, non publiée.

102. Tout d'abord, la décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 est importante sur deux points. En premier lieu, le Conseil constitutionnel y considère que la notion de monopole de fait « doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent dans ce marché de la part des autres entreprises » ; il retient ainsi une conception économique de la notion de monopole de fait, qui a été qualifiée de réaliste ou de flexible⁹⁷. En second lieu, le Conseil y affirme que ne sauraient être prises en compte les « positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités » ; il impose donc de bien distinguer entre les monopoles de faits proprement dits et les simples positions dominantes dont peuvent bénéficier les entreprises⁹⁸.

103. Ensuite, dans la décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 relative à la privatisation de TFI, le Conseil constitutionnel a affirmé que « le neuvième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 fait obstacle à ce qu'une loi confère un monopole à l'échelon national à une entreprise privée »⁹⁹. Cela signifie que seuls les monopoles de fait qui existent à l'échelon national sont insusceptibles de faire l'objet d'une privatisation. Cette position a été confirmée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Bayrou* : « l'exploitation d'une entreprise ne peut avoir les caractères [...] d'un monopole de fait au sens [notamment de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958] que si elle est exercée à l'échelon national »¹⁰⁰. Le commentaire officiel de la décision du Conseil constitutionnel dite «GDF»¹⁰¹, rendue deux mois après l'arrêt *Bayrou*, confirme que les deux juges du Palais Royal sont à l'unisson sur cette question : une entreprise doit être considérée en situation de monopole de fait si, entre autres, « les secteurs d'activité sur lesquels elle détient une position exclusive ou prépondérante occupent une place importante et non substituable dans l'économie nationale ».

104. Enfin, il ressort de manière générale de la jurisprudence constitutionnelle que tout monopole de fait peut être privatisé dès lors que cette privatisation est effectuée par étape. En clair, pour privatiser un monopole de fait, il suffit d'ouvrir ce

⁹⁷ Frédéric Colin, *Droit public économique*, Gualino, Lextenso éditions, 4e éd., 2013, p. 161.

⁹⁸ Pierre-Antoine Molina, "Le Conseil constitutionnel précise les conditions de privatisation des services publics", *RJEP/CJEG* n° 639, pp. 42-43.

⁹⁹ Cons. 45.

¹⁰⁰ CE Sect. 27 septembre 2006, *Bayrou et autres*, n° 290716.

¹⁰¹ Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006.

secteur à la concurrence avant de procéder à la privatisation de l'entreprise qui le gère. Il apparaît toutefois et logiquement que ne peuvent faire l'objet d'une privatisation les entreprises qui gèrent des infrastructures publiques constituant des monopoles naturels, c'est-à-dire des infrastructures qui, pour des raisons physiques ou financières, ne peuvent être dupliquées et donc ouvertes à la concurrence¹⁰². Reste à identifier ces monopoles naturels non privatisables. Or, il n'existe jusqu'ici aucune décision de jurisprudence qualifiant une activité de monopole de fait.

105. Au total, il ressort de la jurisprudence que la notion de monopole de fait ne constitue pas une limite sérieuse à une opération de privatisation. Or, la notion de service public national ne constitue pas plus une véritable contrainte pour les autorités législatives et réglementaires.

2. La restriction de la notion de service public national

106. Le Conseil constitutionnel considère tout d'abord qu'il faut distinguer entre les services publics dont la nécessité découle de principe ou de règles constitutionnelles¹⁰³, c'est-à-dire les services publics constitutionnels et les autres. Si une entreprise gère un service public constitutionnel, elle est en tant que telle exclue du champ des lois et règlements de privatisation. Une entreprise qui gère un service public qui n'est pas constitutionnel peut faire l'objet d'une opération de privatisation, dès lors qu'on la prive des caractéristiques d'un service public national¹⁰⁴. Or ceci peut être fait de trois façons : soit en supprimant purement et simplement ce service public, soit en retirant ce service public à l'entreprise que l'on souhaite privatiser, soit en ôtant à ce service public son caractère national¹⁰⁵. Par ailleurs, ainsi que le relève Georges Vedel dès 1947¹⁰⁶, le législateur pouvant discrétionnairement opérer chacune de ces opérations, il peut tout autant discrétionnairement décider de privatiser un

¹⁰² Martine Lombard, "Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a le caractère d'un monopole", in *Les mouvements du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 673.

¹⁰³ Dans la décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, le Conseil constitutionnel affirme que « si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, il appartient au législateur ou à l'autorité réglementaire, selon les cas, de déterminer les autres activités qui doivent être ainsi qualifiées, en fixant leur organisation au niveau national et en les confiant à une seule entreprise » (cons. 14).

¹⁰⁴ Olivier Schrameck, note sur CC décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, AJDA 1996.694.

¹⁰⁵ Emmanuel Glaser, "Les privatisations : justifications et risques. La privatisation des sociétés d'autoroute", conclusions sur CE Sect. 27 septembre 2006, *Bayrou et autres*, RFDA 2006.1151.

¹⁰⁶ *Droit social*, 1947, vol. XXXI, pp. 13 à 35, "Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule".

service public national.

107. Ensuite, le Conseil constitutionnel considère que la notion de service public national se caractérise par un lien d'exclusivité entre un service public de dimension nationale et une entreprise ; autrement dit, la notion de service public national implique l'existence d'un monopole. En effet, dans la décision *GDF*, c'est principalement parce que la loi déferée met fin à l'exclusivité de Gaz de France pour la fourniture de gaz naturel aux particuliers que le Conseil considère que cette entreprise ne peut plus être considérée comme un service public national. Le Conseil semble ainsi ajouter une condition au texte de l'alinéa 9 du préambule de 1946 qui conduit à raréfier les entreprises pouvant être qualifiées de service public national.

108. Surtout, il apparaît qu'au final, ne peuvent être privatisés ni les services publics nationaux qui constituent des monopoles ni les monopoles de fait nationaux, ce qui revient à la même chose. Cette redondance est d'ailleurs relevée dans le commentaire officiel de la décision *GDF*, sans que soient avancés des éléments pour la justifier.

109. Il semble pourtant possible de trouver des éléments de justification dans les travaux parlementaires relatifs à l'élaboration de la Constitution de 1946. Ceux-ci révèlent en effet que l'adjectif « national » a été adjoint à l'expression « service public » pour éviter de donner une portée excessive aux opérations de nationalisation. René Capitant avait alors justifié cet ajout en déclarant qu'« il ne saurait être question de nationaliser le service de l'autobus qui fait le trajet entre deux localités et qui constitue simplement un service régional ou local »¹⁰⁷. Ce raisonnement semble, du reste, pouvoir être transposé au cas des monopoles de fait : l'intention des constituants de 1946 n'étaient sans doute pas de nationaliser toute entreprise en situation de monopole à l'échelon local, voire régional.

110. Quoiqu'il en soit des justifications possibles à l'interprétation redondante à l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946, il faut souligner l'affaiblissement considérable de la portée contraignante de cette disposition constitutionnelle en raison de cette redondance. La doctrine s'interroge d'ailleurs sur ce qu'il reste de l'alinéa 9 du préambule de 1946¹⁰⁸.

III. En conclusion sur ce point, la jurisprudence constitutionnelle semble être orientée par les exigences contemporaines du monde économique. Une interprétation plus stricte de l'alinéa 9 du préambule de 1946 aurait en effet risqué

¹⁰⁷ *JO, débats ANC*, 2^{ème} séance du 21 mars 1946, p. 969.

¹⁰⁸ Gérard Marcou, "Que reste-t-il de l'alinéa 9 du préambule de 1946 ?", *AJDA* 2007.192.

d'en faire un obstacle à certaines évolutions majeures de l'interventionnisme économique, impliquées en partie par le droit de l'Union européenne et justifiées par des considérations financières. Certes, une telle interprétation pourrait toujours être surmontée par une intervention du pouvoir constituant. Mais il ne s'agirait pas alors de modifier le texte de la Constitution de 1958, comme l'a déjà fait le constituant en 1993 pour surmonter une décision du Conseil constitutionnel¹⁰⁹. Il faudrait en l'espèce nécessairement toucher au préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie le préambule de 1958. Ceci est juridiquement possible, mais politiquement et philosophiquement plus délicat.

Section 2 : La constitutionnalisation implicite de l'exigence de sécurité juridique

112. Le thème de la constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français¹¹⁰ est extrêmement riche. La littérature juridique s'est emparée du thème de la sécurité juridique principalement pendant les années 1990, essentiellement en droit administratif¹¹¹, mais l'acclimatation de cette exigence dans le contentieux constitutionnel était alors encore « presque un pari sur l'avenir »¹¹². En effet, ce principe ne figure pas en tant que tel dans le texte de la Constitution ni dans ceux auxquels son préambule renvoie. Or, l'invention de nouveaux principes de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel reste très prudente : d'une part, le Conseil refuse de reconnaître de nouveaux principes sans fondement textuel ; d'autre part, il se méfie des principes généraux, dont la définition est potentiellement large, comme c'est le cas du principe de sécurité juridique, étant entendu que la sécurité juridique est synonyme de clarté, de prévisibilité et de stabilité du droit.

113. La constitutionnalisation du principe de sécurité juridique est pourtant une évidence en ce double sens qu'elle est impulsée par l'environnement juridique de la jurisprudence constitutionnelle (§1) et qu'elle s'est progressivement réalisée, de

¹⁰⁹ La révision constitutionnelle du 25 nov. 1993 a en effet permis de surmonter les effets de la décision 93-325 DC, dans la mesure où ils n'étaient pas compatibles avec les engagements européens de la France.

¹¹⁰ La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, LGDJ, 2004, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 122.

¹¹¹ V. par exemple Michel Fromont, "Le principe de sécurité juridique", *AJDA* 1996.178 ; Mireille Heers, "La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de la confiance légitime ?", *RFDA* 1995.96 ; Bernard Pacteau, "La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?", *AJDA* 1995.151.

¹¹² Bertrand Mathieu, Préface, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, LGDJ, 2004, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 122.

manière toutefois implicite (§2).

§ I : Les fondements de la constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique

114. Les fondements de cette constitutionnalisation sont doubles : ils sont à rechercher au sein du modèle théorique sur lequel est construit le régime politique français autant que dans les influences que subit la France au sein du système européen de promotion des droits et libertés fondamentaux. L'influence du droit européen sur le droit français, au bénéfice notamment de la sécurité juridique, a déjà été montré dans la première partie de ce mémoire à travers l'exemple de l'évolution de la jurisprudence relative aux validations législatives, qui constitue d'ailleurs l'un des éléments de la constitutionnalisation matérielle de l'exigence de sécurité juridique¹¹³. Il reste ici à illustrer que l'émergence de l'exigence de sécurité juridique en droit constitutionnel français accompagne l'approfondissement de la réalisation de l'État de droit en France.

A - La sécurité juridique, impératif de l'État de droit

115. La sécurité juridique est un impératif du modèle de l'État de droit, en ce sens qu'elle est réalisée par la structuration formelle du droit (1) et qu'elle contribue à la garantie des droits et libertés (2).

1. La sécurité juridique, donnée structurelle de l'État de droit formel

116. La structuration formelle du droit propre à tout État de droit passe par la séparation des pouvoirs, la hiérarchisation des normes et l'organisation d'un système de recours juridictionnel. L'ordre qui en résulte est en soi facteur de sécurité juridique¹¹⁴. Autrement dit, la sécurité juridique est induite par les postulats sur lesquels repose l'État de droit. Ainsi et en premier lieu, la condition de la généralité et de l'abstraction des normes au sommet de la hiérarchie normative autorise leur stabilité, et donc la sécurité juridique. En deuxième lieu, la généralité des normes, qui est considérée comme l'un des attributs essentiels du droit au sein de l'État de droit¹¹⁵, procure un sentiment de confiance vis-à-vis des autorités normatives, car elle est la garantie de l'égalité de traitement entre les citoyens ; cette confiance légitime vis-à-vis des autorités normatives, qui dérive de la sécurité juridique, est renforcée par le

¹¹³ V. *supra* §§ 36 ss.

¹¹⁴ En ce sens, v. Gustav Radbruch selon lequel « la sécurité juridique [...] est le besoin de constituer en ordre le désordre des données dispersées » ("La sécurité en droit d'après la théorie anglaise", *APD* 1936.98).

¹¹⁵ Gustavo Zagrebelsky, *Le droit en douceur*, Economica, PUAM, 2000, p. 29.

fait que l'État de droit tend à éradiquer l'arbitraire en conditionnant la validité d'une norme à son respect des normes supérieures. En troisième lieu, la prévisibilité des normes est assurée au sein de l'État de droit par l'homogénéité des sources formelles et la création du droit en cascade. En effet, tout le système juridique de l'État de droit repose sur une norme fondamentale à partir de laquelle se déduisent logiquement les normes inférieures ; autrement dit, le contenu d'une norme juridique peut, dans une certaine mesure, être subsumé à partir du contenu de la norme supérieure appliquée. En dernier lieu, l'accessibilité du droit est optimisée par la structuration formelle du droit au sein de l'État de droit, car les normes juridiques ont toutes une source formelle identifiable, à savoir la norme qui est située à l'échelon supérieur de la hiérarchie, laquelle dérive également d'une norme supérieure, et ainsi de suite jusqu'à la norme suprême.

117. Au final, la sécurité juridique apparaît impliquée par la réalisation formelle de l'État de droit. Il importe maintenant de souligner que cette exigence est une condition de l'accomplissement matériel de l'État de droit.

2. La sécurité juridique, garantie de l'État de droit matériel

118. La sécurité juridique est un droit-garantie, c'est-à-dire un droit qui apparaît comme la condition nécessaire de l'exercice des autres droits fondamentaux. Sont également considérés comme des droits-garantie le droit au recours, le principe de proportionnalité, le principe d'égalité et la liberté d'expression et de communication alliée au principe de pluralisme¹¹⁶. La nature de droit-garantie de la sécurité juridique est abondamment mise en lumière par la doctrine autant classique que plus contemporaine. Ainsi, Paul Roubier affirme que « là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister »¹¹⁷. François Luchaire affirme que la sûreté¹¹⁸ est conçue comme une « garantie des droits » et plus précisément qu'elle « complèt[e] la liberté en la garantissant »¹¹⁹. Jean Rivero considère que la sécurité juridique « constitue la protection avancée de toutes les libertés : c'est celle qui permet leur exercice

¹¹⁶ Pour plus de précisions à propos de la qualité de droit-garantie de la liberté d'expression, v. *supra* § 85.

¹¹⁷ *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, 2e éd., p. 334.

¹¹⁸ L'auteur entend cette notion dans son sens révolutionnaire comme englobant la sécurité des personnes et des biens mais aussi la sécurité juridique.

¹¹⁹ "La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ?", *RDP* 1989, pp. 609 et 633.

paisible »¹²⁰. La jurisprudence des cours suprêmes européennes révèle également la nature de droit-garantie de la sécurité juridique. Par exemple, la Cour constitutionnelle fédérale allemande considère que la sécurité juridique est « une condition essentielle des constitutions libérales » ainsi que la condition préalable pour l'exercice de la liberté¹²¹. De manière plus précise, la Cour européenne des droits de l'Homme estime que la sécurité juridique constitue une garantie du droit au recours : dans l'arrêt *Geoffre de la Pradelle*¹²², qui implique la France, la Cour spécifie que l'accessibilité et donc la simplicité du droit sont des garanties essentielles de la protection d'un droit fondamental, en l'espèce le droit au recours¹²³. Au final, il apparaît que la sécurité juridique est un droit (principalement formel) à la garantie des droits (matériels) ; elle est une garantie de l'État de droit matériel, en ce sens qu'elle en autorise l'existence ou tout au moins le fonctionnement efficace et effectif.

119. L'on peut objecter que, de manière générale, tous les éléments de la conception formelle de l'État de droit permettent à l'État de droit matériel d'exister. En effet, les exigences matérielles traditionnellement impliquées par la théorie de l'État de droit ne peuvent être garanties en dehors d'une structure formelle, institutionnelle et procédurale, telle qu'elle découle de la conception formelle de l'État de droit. Les droits et principes qui constituent l'État de droit formel (principe de hiérarchie, séparation des pouvoirs, *etc.*) pourraient donc tous être considérés comme des droits-garantie. Cette remarque en appelle deux autres. Premièrement, elle ne nie pas nécessairement l'intérêt de la notion de droit-garantie. En effet, tous les droits et principes répondant à cette qualification ne sont pas de nature formelle ; ainsi en est-il par exemple du principe de proportionnalité ou de la liberté d'expression. Les notions d'État de droit formel et de droit-garantie ne se recourent donc pas, ce qui permet à la seconde de conserver une certaine pertinence. Deuxièmement, cette remarque doit certainement conduire à une remise en cause, au moins partielle, de la distinction doctrinale et jurisprudentielle entre les conceptions formelle et matérielle de l'État de droit. Il semble en effet possible de considérer que la conception formelle de l'État de droit tend à devenir un élément à

¹²⁰ *Les libertés publiques*, t. 2, PUF, coll. Thémis, 1997, 6e éd., p. 21.

¹²¹ BVergGE, 72, 200 (257s).

¹²² CEDH 16 décembre 1992, *De Geoffre de la Pradelle c/ France*, A253-B.

¹²³ La France est en effet condamnée par la Cour de Strasbourg parce que « le système [de classification des actes administratifs et les modalités d'exercice des droits de recours qu'il aménage contre eux] ne présentait [...] pas une cohérence et une clarté suffisantes [et donc,] à la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour constate que le requérant n'a pas bénéficié d'un droit d'accès concret et effectif au Conseil d'État ».

part entière de sa conception matérielle par le truchement des droits-garantie et qu'ainsi, la pertinence de la dichotomie entre État de droit formel et État de droit matériel est sujette à caution. L'évolution de l'État de droit matériel s'est jusqu'à présent faite par l'adjonction continue de nouveaux droits et libertés, à charge pour l'État de les respecter, voire de les promouvoir. Désormais, il semble que les progrès de l'État de droit se font essentiellement par le renforcement des mécanismes permettant de garantir les droits et libertés existants. L'évolution de l'État de droit matériel consiste donc en une véritable mutation de celui-ci du fait de l'intégration et/ou promotion en son sein des droits-garantie. Ceux-ci viennent bouleverser les schémas de pensée habituels, en ce qu'ils ne peuvent pas toujours être rattachés à l'un des éléments traditionnels de la conception matérielle de l'État de droit, tout en dépassant largement la notion d'État de droit formel. Il semble donc que c'est l'unité – et non la dualité – qui caractérise en fin de compte la notion d'État de droit¹²⁴.

120. Quoi qu'il en soit, la notion de droit-garantie appliquée à la sécurité juridique permet de mettre en évidence le rattachement nécessaire de l'exigence de sécurité juridique à la conception matérielle de l'État de droit, en tant qu'elle en constitue une garantie. Dès lors, il apparaît que l'approfondissement de la protection des droits fondamentaux passe par une valorisation des exigences de la sécurité juridique et qu'ainsi le phénomène de constitutionnalisation du principe de sécurité juridique s'explique en partie par la promotion contemporaine des droits fondamentaux.

B - Le développement de l'exigence de sécurité juridique dans l'État de droit français

121. L'exigence de sécurité juridique progresse en droit français sous l'aiguillon

¹²⁴ L'émergence des droits fondamentaux participe certainement également de la remise en cause de la dichotomie entre État de droit formel et État de droit matériel, ainsi que le souligne Jacques Chevallier : « Au delà de la hiérarchie des normes, l'État de droit va désormais être entendu comme impliquant l'adhésion à un ensemble de principes et de valeurs qui bénéficieront d'une consécration juridique explicite et seront assortis de mécanismes de garantie appropriés ; la conception formelle se trouve donc relayée par une conception matérielle ou substantielle, qui l'englobe et la dépasse : la hiérarchie des normes devient elle-même une des composantes de l'État de droit substantiel. Cette évolution est traduite par la promotion du thème des "droits fondamentaux" qui permet d'articuler les éléments constitutifs de l'État de droit de manière cohérente. Dans cette perspective, la hiérarchie formelle des normes n'est plus considérée comme sous-tendue comme une logique propre mais comme le reflet d'exigences plus profondes, de nature substantielle : le soubassement de cette hiérarchie serait constitué par des droits, conçus comme "essentiels", même s'ils bénéficient de niveaux de protection variés (constitutionnel, mais aussi supra- voire infra-constitutionnel), commandant la structure formelle de l'ordre juridique, ces droits apparaissent comme 'fondateurs de l'État de droit' » (*L'État de droit*, Clefs, Montchrestien, 1999, 3e éd., p. 104).

du développement de formes variées d'insécurité juridique. La première apparaît en effet comme la réponse juridique à la sécrétion pathologique d'insécurité au sein des États de droit, en dépit du modèle théorique sur lequel ils sont construits et qui, ainsi que cela vient d'être signalé, postule la sécurité juridique (1). Le droit constitutionnel n'est pas la seule branche du droit qui connaît un mouvement de reconnaissance du principe de sécurité juridique. Bien au contraire, ce principe est de plus en plus pris en compte, en tant que tel ou au travers de ses exigences dérivées, par le droit privé ou par d'autres branches du droit public, à l'instar du droit administratif (2). L'ensemble crée un contexte favorable à la constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en France.

1. Les causes du développement de l'exigence de sécurité juridique

122. La principale cause du développement de l'exigence de sécurité juridique est tout simplement l'insécurité juridique qui gangrène les sociétés modernes en général et la société française en particulier. En effet, même s'il vient d'être montré que la sécurité juridique résulte nécessairement de la conjugaison harmonieuse des éléments constitutifs de l'État de droit, cette vision idéale doit être relativisée car elle repose sur un certain nombre de fictions ou occulte certaines réalités. Ainsi, la logique interne des différents éléments constitutifs de l'État de droit formel peut s'avérer source d'insécurité juridique tant, par exemple, le respect de la hiérarchie des normes postule la disparition (rétroactive idéalement) de celles qui ont été établies illégalement. En outre, la conception substantielle de l'État de droit est fondamentalement axée sur la réalisation des idéaux de justice et de progrès social ; or, s'ils forment avec la sécurité juridique la trilogie des objectifs du droit¹²⁵, il apparaît également que « tout renforcement de l'un entraî[n]e un affaiblissement de l'autre »¹²⁶. Bref, l'État de droit se révèle structurellement source d'insécurité juridique. Mais surtout, l'État de droit n'est pas seulement une construction théorique ; il correspond également à une réalité pratique, exposée à diverses contraintes juridiques, politiques, économiques ou sociales qui peuvent être autant de causes d'insécurité. Toutes les causes structurelles ou conjoncturelles du développement de l'insécurité juridique ne peuvent être passées en revue dans le

¹²⁵ Henri Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 394 ; Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3e éd., 1999, p. 19 ; Gustav Radbruch, "La sécurité en droit d'après la théorie anglaise", *APD* 1936, n° 3-4, p. 87 ; Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, p. 318 ; Bichara Tabbah, "La trilogie : sécurité, justice et progrès social", in *Théorie générale du droit et droit transitoire. Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Dalloz, 1961, p. 459.

¹²⁶ Gustav Radbruch, art. cit., p. 87.

cadre de ce mémoire. Il semble plus intéressant d'en sélectionner une pour mieux en approfondir l'étude. Or, les causes conjoncturelles de l'insécurité juridique semblent plus intéressantes à décrire que les causes structurelles¹²⁷, dès lors qu'il semble possible, en les identifiant de la manière la plus précise possible, de trouver des solutions.

123. Ces causes conjoncturelles tiennent tout d'abord à l'évolution des modalités de production du droit. En effet, les foyers de production du droit se multiplient ce qui rompt avec l'idéal de l'État de droit qui tend vers une conception « monolithique et pyramidale de l'ordre juridique »¹²⁸. Cette multiplication se manifeste de manière tant ascendante que descendante. En effet, les autorités internationales dont la production normative s'impose directement dans l'ordre juridique national sont de plus en plus nombreuses ; par ailleurs, les politiques de déconcentration et de décentralisation font apparaître de nouvelles autorités normatives, de niveau infra-étatique, qui s'ajoutent aux anciennes plus qu'elles ne se substituent à elles. À cet égard, le processus de développement et même de prolifération des autorités administratives indépendantes est remarquable, même si elles ne possèdent pas toutes un pouvoir réglementaire et même s'il est possible de noter quelques tentatives de rationalisation¹²⁹. Les modalités de production du droit évoluent également en ce sens que les autorités normatives sont à la recherche d'une nouvelle légitimité, caractérisée d'une part par l'adhésion à la norme de ses destinataires et d'autre part par la participation à la confection des normes des "savants". Au final, se multiplient les mécanismes d'incitation, de recherche du consensus, de participation, de recommandation, de consultation, d'arbitrage. Nonobstant les divers avantages qu'elles présentent, ces pratiques ne sont pas sans conséquence sur la sécurité juridique, dès lors qu'elles aboutissent bien souvent « à la dilution des responsabilités, à la multiplication des concessions et compromis réciproques, à l'érosion du texte et à sa déstructuration par ajouts et retraits

¹²⁷ Pour plus de précisions sur ces causes structurelles, v. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, 2004, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 122, pp. 64-112.

¹²⁸ Jacques Chevallier, "Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique", *RDP* 1998, p. 674.

¹²⁹ Ainsi, le Défenseur des droits, institué par la révision constitutionnelle de 2008, est né de la réunion de quatre institutions : le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE) et la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS).

cumulatifs »¹³⁰.

124. La deuxième catégorie de causes conjoncturelles de l'insécurité juridique résulte du manque de rigueur des autorités normatives. Plus précisément, les autorités normatives tendent à user autant qu'à abuser des normes en ce sens que le recours à l'outil normatif est de plus en plus irrationnel et irraisonné. Le recours irrationnel à la norme est parfaitement illustré par le phénomène de la « loi spectacle »¹³¹ : aujourd'hui, la loi n'est plus toujours un acte « de sagesse, de justice et de raison »¹³², elle a acquis une « fonction fantasmatique »¹³³, principalement de légitimation¹³⁴ ; elle est devenue « événementielle »¹³⁵ ; elle sert souvent à un ministre pour se faire un nom, dès lors que leur patronyme est associé aux lois qu'ils préparent. Le résultat du caractère irraisonné du recours à la norme est le désordre législatif et réglementaire qui envahit nos sociétés. Les textes normatifs manquent de coordination, en raison notamment de la sectorisation de la production normative, et s'additionnent plus qu'ils ne se remplacent, si bien qu'ils s'entrecoupent, se contredisent, s'enchevêtrent, se télescopent, s'abrogent ou se modifient de façon plus ou moins tacite. Au final, dans certaines matières telles le droit de l'urbanisme, « l'articulation de toutes les législations devient une science en soi »¹³⁶. Aujourd'hui, c'est le droit administratif qui semble être la victime d'un « choc de complexification »¹³⁷ tant « le processus contemporain de simplification du droit [...] administratif rime curieusement avec précipitation, imperfection et finalement consternation. C'est une véritable malédiction »¹³⁸. Plus généralement, à peine adoptés, certains textes doivent déjà être revus en raison des malfaçons qui les

¹³⁰ Jean-Marie Woehrling, "L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative", *RFAP* 1983, n° 26, p. 147.

¹³¹ Nicolas Nitsch, "L'inflation juridique et ses conséquences", *APD* 1982, p. 167.

¹³² Jean-Etienne-Marie Portalis, "Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX", in Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989, p. 4.

¹³³ Jean-Marie Pontier, "À quoi servent les lois", *D.* 2000, p. 60.

¹³⁴ Jacques Chevallier et Danièle Lochak, "Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française", *RFAP* n° 24, 1982, p. 61.

¹³⁵ Frédéric Touboul, *Le principe de sécurité juridique. Essai de législation*, Thèse dactyl., Université de Paris XI, Sceaux, 11 janvier 1996, p. 21.

¹³⁶ Antoine Givaudan, "Les voix tortueuses de la clarification du droit de l'urbanisme", *RA* 1976, p. 147.

¹³⁷ Paul Cassia, *D.* 2015.201.

¹³⁸ Bertrand Seiller, "Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration", *RFDA* 2014.35.

entachent¹³⁹. Parfois, la malfaçon crée des incertitudes au niveau de l'application des normes par les juges, si bien que le législateur doit intervenir par le biais de lois de validation pour rétablir l'ordre¹⁴⁰ ; autrement dit, l'inflation crée parfois de l'insécurité qui alimente en retour l'inflation.

125. Une dernière catégorie de causes structurelles de l'insécurité juridique est liée à l'assouplissement de l'application des normes juridiques. En effet, les décrets d'application des lois tardent souvent à être adoptés, notamment parce que la complexité des lois rend ardue leur traduction réglementaire dans des délais raisonnables. C'est alors le serpent qui se mord la queue... L'exemple de la loi Littoral est éloquent : certains décrets d'application ont été attendus pendant 18 ans et n'ont été adoptés qu'à la suite de la condamnation sous astreinte du Premier ministre par le Conseil d'État¹⁴¹.

126. Au final, il n'est pas étonnant, mais pas non plus rassurant, de constater que le Conseil d'État a, à quinze ans d'écart, consacré deux rapports au sujet de l'insécurité juridique et de la complexité du droit¹⁴².

¹³⁹ Ainsi et par exemple, la partie législative du code des transports, issue de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 a dû être modifiée par une autre ordonnance au mois de février 2011, pour réparer certains « bogues » liées à la codification de l'automne 2010 (Xavier Delpéch, "Codification de la partie législative du code des transports : réparation de quelques malfaçons", *D. actualités*, 2 mars 2011).

Il faut aussi par exemple regretter que l'article 17-1 de la loi relative à la protection des données personnelles votée en juillet 2004 par le Parlement ait modifié un article du code des postes et des télécommunications qui avait été abrogé par la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle qui avait été votée moins d'un mois avant.

¹⁴⁰ Ainsi, l'article 50 de la loi de finances rectificative pour 2012 a validé les délibérations instituant le versement transport adoptées par les syndicats mixtes, avant le 1^{er} janvier 2008, en tant que leur légalité serait contestée par le moyen tiré de ce que les syndicats mixtes ne sont pas des établissements publics de coopération intercommunale. Saisi de la constitutionnalité de cette disposition législative par le biais d'une QPC, le Conseil constitutionnel a conclu à sa conformité à la Constitution dans la mesure où cette validation était justifiée par un intérêt général qui tenait notamment au fait que le législateur avait entendu éviter une multiplication des réclamations fondées sur certaines malfaçons législatives qui avaient été révélées par des arrêts du 20 septembre 2012 de la Cour de cassation (décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, cons. 6).

¹⁴¹ CE 28 juillet 2000, *France Nature-Environnement*, n° 204024 : le Conseil d'État a jugé que la publication des décrets représentait une obligation pour l'État et a enjoint de les publier dans un délai de 6 mois, sous astreinte de 152 € par jour de retard. Pour plus de précisions à ce sujet, v. Yann Tanguy, "La loi littoral en questions", *AJDA* 2005.354.

¹⁴² Le premier rapport date de 1991 et s'intitule *De la sécurité juridique* ; le second date de 2006 et s'intitule *Sécurité juridique et complexité du droit*.

2. L'exemple du développement de l'exigence de sécurité juridique en droit administratif

127. Le droit privé n'ignore pas la préoccupation de sécurité juridique. Le droit pénal est même historiquement la matière dans laquelle l'exigence de sécurité juridique a été le plus tôt mise en œuvre. En effet, ont été consacrés dès la Révolution française le principe de sûreté et ses diverses composantes, à savoir le principe de non-rétroactivité de la loi pénale qui garantit sa prévisibilité ou encore le principe de légalité des délits et des peines qui assure la clarté de la loi pénale. Plus récemment, le principe de sécurité juridique progresse dans la jurisprudence judiciaire en dehors de la matière pénale. Ainsi et par exemple, dans un arrêt du 6 décembre 2005, la première chambre civile de la Cour de cassation utilise le principe de sécurité juridique en tant qu'il impose, conjointement avec l'autorité de la chose jugée, que soient protégés les droits des personnes bénéficiant de décisions judiciaires définitives reconnaissant leur filiation à l'égard d'un ancêtre commun et qui souhaitent se prévaloir de l'autorité de ces décisions quant à la chaîne de filiation de leurs ascendants¹⁴³. De même, dans un arrêt du 22 octobre 2002, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère que le principe de sécurité juridique découle de l'article 2 du code civil et interdit dès lors qu'un règlement communautaire soit appliqué rétroactivement à des faits nés sous le régime antérieur et cela indépendamment des effets favorables ou défavorables qu'une telle application pourrait avoir pour l'intéressé, sauf en raison d'une indication claire, soit dans ses termes, soit dans ses objectifs, permettant de conclure que ce règlement dispose autrement que pour l'avenir seul¹⁴⁴. Toutefois, de manière plus paradoxale, le juge judiciaire utilise le principe de sécurité juridique pour justifier son droit à modifier la jurisprudence : il considère en effet que « le principe de sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit »¹⁴⁵.

128. Si le juge judiciaire n'ignore rien de la préoccupation de sécurité juridique, le juge administratif la fait bénéficier d'une consécration plus remarquable. Deux arrêts en témoignent principalement.

¹⁴³ N° 04-20.625.

¹⁴⁴ N° 00-10.715.

¹⁴⁵ Cass. civ. Ire, 21 mars 2000, *JCP*, G 2000, IV, 1816. V également et par exemple, CA Douai 19 février 2013, n° 3/00075.

129. Il s'agit tout d'abord de l'arrêt *KPMG*¹⁴⁶ en vertu duquel pèse sur l'administration une obligation de prévoir des mesures transitoires lorsqu'elle fait évoluer la réglementation. Cette jurisprudence est régulièrement appliquée : ainsi et par exemple, dans un arrêt du 19 juillet 2010¹⁴⁷, le Conseil d'État a considéré que le principe de sécurité juridique était violé par le décret du 19 septembre 2003 qui a relevé de huit à neuf années la condition de services militaires requise pour l'attribution d'une indemnité de départ dans le cadre d'un congé de reconversion, pour les sous-officiers, officiers mariniers, caporaux-chefs et quartiers-maîtres de 1^{ère} classe engagés, en position d'activité, qui sont rayés des cadres au terme de leur contrat. En effet, l'autorité réglementaire aurait dû prévoir des mesures transitoires pour préserver l'intérêt non de tous les militaires qui remplissaient la condition de durée initiale à la date de publication du nouveau décret, mais de ceux dont le contrat d'engagement s'achevait après l'entrée en vigueur du nouveau régime et qui, avant cette date, avaient demandé à bénéficier d'un congé de reconversion à l'issue duquel ils rempliraient la condition de durée prévue initialement.

130. Ensuite, l'arrêt *Tropic Travaux signalisations*¹⁴⁸ consacre le principe de sécurité juridique au profit des justiciables. Depuis longtemps, le juge administratif tente de préserver la confiance légitime des justiciables envers la jurisprudence en utilisant diverses petites techniques permettant de la rendre plus prévisible. Ainsi en est-il de la technique dite des "petits pas" par laquelle le juge procède par touches successives et complémentaires pour faire évoluer sa jurisprudence, ou encore celle dite de l'"arrêt blanc" ou de l'"arrêt de rejet" par laquelle une nouvelle règle jurisprudentielle est dégagée à l'occasion d'une espèce où elle ne peut recevoir application en conséquence de quoi le recours est rejeté de la même manière qu'il l'aurait été si l'ancienne règle jurisprudentielle avait continué d'être appliquée. L'arrêt *Tropic* marque une étape significative en ce sens que le Conseil règle les effets dans le temps du revirement jurisprudentiel qu'il opère ; il précise ainsi qu'« eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte

¹⁴⁶ CE Ass. 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, n° 288460 et suivants. À noter que cet arrêt est présenté par le Conseil d'État lui-même comme opérant la reconnaissance du principe de sécurité juridique en droit français, « s'inscrivant [ainsi] en harmonie avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE 14 juillet 1972, *Azienda Colori Nazionali c/ Commission*, aff. 57-69, Rec. p. 933) et de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH 13 juin 1979, *Markx c/ Belgique*, n° 6833/74, série A, n° 31) » (v. la présentation du grand arrêt *KPMG* sur le site Internet du Conseil d'État).

¹⁴⁷ N° 334155.

¹⁴⁸ CE Ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux signalisation*, n° 291545.

excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours [nouvellement créé dit depuis lors recours “Tropic”] ne pourra être exercé qu’à l’encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date ».

131. Le principe de sécurité juridique est ainsi consacré par le Conseil d’État, non pas de manière complète mais seulement en tant qu’il implique la prévisibilité du droit en général et de la réglementation comme de la jurisprudence en particulier.

132. Même si cela sort du thème de ce mémoire d’habilitation à diriger des recherches, il ne semble pas inintéressant de remarquer ici l’évolution croisée que connaît le droit administratif s’agissant de la prise en compte du principe de sécurité juridique dans le contentieux des actes et dans celui des contrats.

133. En effet, en matière d’actes unilatéraux, les exigences de la sécurité juridique ont longtemps cédé le pas devant celles de la légalité, même si elles n’étaient pas complètement inconnues du juge administratif comme en témoigne la jurisprudence déjà ancienne relative au retrait des actes créateurs de droit¹⁴⁹. Surtout, le juge administratif protège traditionnellement les droits acquis de manière assez timide, en faisant primer le principe de mutabilité comme en témoigne l’adage selon lequel « nul n’a de droits acquis au maintien d’un règlement » ; le Conseil d’État accepte même qu’un règlement puisse être abrogé avant le terme qu’il s’est fixé¹⁵⁰ alors que la Cour de justice de l’Union européenne prendrait en compte, dans une telle hypothèse, la confiance légitime des destinataires de ce règlement¹⁵¹. La jurisprudence *KPMG* apparaît ainsi comme un infléchissement de cette tradition au bénéfice de l’exigence de sécurité juridique.

¹⁴⁹ CE 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, *Rec.* p. 790 ; *RDP* 1922.522, conclusions Rivet ; S. 1925.3.9, note Maurice Hauriou ; CE Ass. 26 octobre 2001, *M. Ternon*, *GAJA* n° 115 ; *RFDA* 2002.77, conclusions François Séners, note Pierre Delvolvé ; *AJDA* 2001.1034, chron. Mattias Guyomar et Pierre Collin.

¹⁵⁰ CE 25 juin 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, *Rec.* p. 379 ; *D.* 1955.51, conclusions Jean Donnedieu de Vabres ; CE 27 janvier 1961, *Vannier*, *Rec.* p. 60, conclusions Kahn ; *AJDA* 1961.74, chron. Jean-Michel Galabert et Michel Gentot.

¹⁵¹ Le principe de confiance légitime est reconnu en tant que principe général de droit communautaire de manière implicite dès 1973 (CJCE 5 juin 1973, *Commission c/ Conseil*, affaire 81/72, *Rec.* p. 575) puis de manière explicite en 1978 (CJCE 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*, affaire 112/77, *Rec.* p. 1019). Il est considéré par la Cour de justice des Communautés européennes comme un « principe fondamental de la Communauté » (CJCE 5 mai 1981, *Dürbeck c/ Hauptzollamt Main-Flughafen*, affaire 112/80, *Rec.* p. 1095), faisant « partie de l’ordre juridique de la Communauté » (CJCE 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor c/ RFA*, affaires jointes 205 à 215/82, *Rec.* p. 2633).

134. Inversement, en matière de contrats administratifs, les exigences de la sécurité ont longtemps prévalu en ce sens que seules les parties au contrat pouvaient le contester devant un juge, ce qui permettait de garantir une certaine intangibilité au contrat, ou plus exactement de faire dépendre cette intangibilité uniquement de la volonté des parties. L'arrêt *Martin* a inauguré une lente évolution, puisqu'elle a duré plus d'un siècle et vient seulement de trouver un épilogue. En effet, en 1905, le Conseil d'État admet la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables des contrats administratifs¹⁵², mais sans pour autant créer de passerelle entre le contentieux de ces actes détachables et celui du contrat dont ils se détachent, si bien que l'annulation des premiers n'avait le plus souvent que des effets platoniques sur le second, sauf à ce que les parties saisissent, pour une raison ou pour une autre, le juge du contrat¹⁵³. En 1995, le législateur a reconnu au juge administratif des pouvoirs d'injonction ce qui a permis de lier plus aisément le contentieux des actes détachables à celui du contrat : les bénéficiaires de l'annulation de l'acte détachable peuvent désormais demander au juge qu'il enjoigne à l'administration de prendre les mesures qu'implique nécessairement cette annulation, à savoir de saisir le juge du contrat. En 1996, l'arrêt *Cayzelle*¹⁵⁴ admet la recevabilité des recours pour excès de pouvoir dirigés par des tiers aux contrats administratifs contre certaines de leurs clauses, celles qui ont un caractère réglementaire. En 1998, l'arrêt *Ville de Lisieux*¹⁵⁵ admet la recevabilité des recours des tiers contre les contrats de recrutement des agents publics. En 2007, l'arrêt *Tropic* marque un progrès supplémentaire dans la soumission des contrats au principe de légalité, au détriment de la sécurité juridique entendue au sens de stabilité contractuelle¹⁵⁶, puisqu'il crée un nouveau recours contre les contrats administratifs, ouvert aux concurrents évincés ; plus précisément, il s'agit d'un recours de plein contentieux, qui est donc réservé à certains tiers au contrat. Enfin, en 2014, le Conseil d'État étend le recours *Tropic* à d'autres tiers que

¹⁵² CE 4 août 1905, *Martin*, D. 1907.3.49, conclusions Romieu.

¹⁵³ CE 1er octobre 1993, *Sté Yacht-Club de Bormes-les-Mimosas*, Rec. p. 875, *AJDA* 1993.810, conclusions Pochard.

¹⁵⁴ CE Ass. 10 juillet 1996.

¹⁵⁵ CE Sect. 30 octobre 1998.

¹⁵⁶ Sans vouloir complexifier inutilement les choses, il convient toutefois ici de noter que c'est une autre facette de la sécurité juridique qui a contribué à l'innovation que représente l'arrêt *Tropic*, ainsi que le relèvent les auteurs des *Grands arrêts* en analysant les conclusions du commissaire du Gouvernement Casas. En effet, les mécanismes contentieux découlant de l'arrêt *Martin* étaient si complexes, parfois incohérents et emprunts d'artifice qu'il semblait nécessaire de renforcer la sécurité juridique des parties susceptibles de se voir priver, après un long délai, des droits qu'elles tenaient du contrat (note sur le grand arrêt *Martin*, *GAJA* n° 16, § 9).

les seuls candidats évincés dans un arrêt d'Assemblée du 4 avril¹⁵⁷ : désormais, tous les tiers considérés comme lésés de manière suffisamment directe et certaine dans leurs intérêts par la passation ou les clauses (non réglementaires) d'un contrat administratif sont recevables à exercer un recours de plein contentieux contre lui. Ce nouveau recours répond à des conditions strictes¹⁵⁸ mais il n'en résulte par moins qu'en matière de contrats, la conciliation entre le principe de légalité et le principe de sécurité tend désormais à profiter au premier au détriment du second et plus précisément de la stabilité des relations contractuelles.

135. Quoi qu'il en soit de cette évolution croisée du contentieux des actes et des contrats, il est certain que le principe de sécurité juridique est reconnu, au moins partiellement par le juge administratif, en tant qu'il implique la prévisibilité du droit. Cette consécration ne peut laisser indifférent le Conseil constitutionnel car les causes qui président à la prise en compte de la sécurité juridique en droit administratif sont les mêmes que celles qui existent en droit constitutionnel.

§ 2 : La réalité de la consécration constitutionnelle du principe de sécurité juridique

136. Depuis une vingtaine d'années, le Conseil constitutionnel veille à assurer la clarté, la stabilité et la prévisibilité des lois ce qui témoigne d'une progression de la sécurité juridique dans la jurisprudence constitutionnelle. Cette progression n'a pas abouti à une reconnaissance formelle de ce principe en tant qu'exigence de valeur constitutionnelle mais elle n'en est pas moins remarquable car elle fait apparaître que le Conseil est parvenu à reconstituer une exigence générale de sécurité juridique et à la mettre matériellement en œuvre par le truchement de la reconnaissance et de l'application de certains principes, règles ou objectifs qui dérivent de la sécurité juridique (A). Toutefois, si cette progression a pu apparaître rapide et passablement organisée à la fin des années 1990 et au début de la décennie 2000, l'évolution ultérieure de la jurisprudence peut laisser penser que le processus de constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique a cessé et qu'il est peut-être même remis en cause (B).

¹⁵⁷ *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

¹⁵⁸ Le Conseil d'État enferme ce recours dans un délai de deux mois suivant la publicité matérialisée pour la passation du contrat litigieux et n'autorise les requérants à invoquer que « des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ».

A - Les manifestations de la prise en compte de la sécurité juridique par le Conseil constitutionnel

137. La constitutionnalisation de la sécurité juridique a eu lieu de manière implicite, par la consécration explicite ou la mise en œuvre des exigences qui en dérivent. Le Conseil constitutionnel a ainsi mis en place une politique jurisprudentielle au service de la qualité formelle des lois (1) en même temps qu'il a développé un arsenal juridique pour encadrer la mutabilité des lois (2).

I. La promotion de la qualité formelle des lois

138. La sécurité juridique implique tout d'abord une exigence de qualité de la loi, au service de laquelle le Conseil constitutionnel a consacré un certain nombre d'outils à partir de la fin des années 1980 et jusqu'au milieu de la décennie 2000. La multiplicité des outils découverts a pu légitimement laisser penser que le Conseil s'acheminait vers une consécration explicite de l'exigence de sécurité juridique.

139. Le principe de clarté de la loi a été ébauché dans certaines décisions des années 1980 mais sa consécration évidente résulte de la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 : le Conseil constitutionnel considère en l'espèce que le législateur a défini les mesures critiquées de façon suffisamment claire et précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34 de la Constitution¹⁵⁹. La doctrine y a vu une consécration *a contrario* de l'exigence de clarté et de précision de la loi, fondée sur l'article 34 de la Constitution. Confirmée et précisée dans des décisions de 1999 et 2000¹⁶⁰, la clarté de la loi est ensuite qualifiée explicitement de principe constitutionnel et elle est fondée sur l'article 34 de la Constitution dans la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002¹⁶¹.

140. Le principe de clarté de la loi a été associé à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, reconnu en 1999¹⁶², dans un considérant de principe dont la dernière formulation résulte de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005¹⁶³. Cette association a fait l'objet de critiques doctrinales dénonçant la multiplicité des outils constitutionnels permettant de garantir la clarté de la loi et mettant en évidence les difficultés que le Conseil

¹⁵⁹ Cons. 10.

¹⁶⁰ Décisions n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, cons. 19 ; n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, cons. 53.

¹⁶¹ Cons. 9.

¹⁶² Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, cons. 13.

¹⁶³ Cons. 9.

constitutionnel lui-même avait à les distinguer¹⁶⁴. Sans se recouper parfaitement, les jurisprudences relatives à l'incompétence négative, au principe de clarté et à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité des lois poursuivent un même but. Aussi, le Conseil a entrepris de rationaliser sa jurisprudence en faisant disparaître le principe de clarté, au profit de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité des lois¹⁶⁵.

141. Cet objectif est devenu le principal outil utilisé par le Conseil pour promouvoir la qualité formelle des lois. Ses fondements sont multiples. Le Conseil constitutionnel mobilise les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789. En effet, il explique dans la décision n° 99-421 DC que « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et "la garantie des droits" requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas" »¹⁶⁶. Depuis, le considérant de principe a quelque peu évolué¹⁶⁷. Désormais, la règle de l'incompétence négative est rappelée avant l'énonciation de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, ce qui en dit long sur sa signification. En effet, le Conseil affirme qu'« il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui impose 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 des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ». Ces deux outils constitutionnels sont donc complémentaires : la poursuite de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité est de nature à permettre le respect de la règle de l'incompétence négative. La première signification de l'objectif de valeur

¹⁶⁴ Laure Milano, "Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi", *RDP* 2006, p. 643.

¹⁶⁵ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 (cons. 9) confirmée par la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 (cons. 19). Pour plus des précisions sur les conséquences de la disparition du principe de clarté, v. *infra* § 166.

¹⁶⁶ Cons. 13.

¹⁶⁷ V. par exemple décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013 (cons. 114).

constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi est donc d'obliger le législateur à adopter des dispositions claires, précises, non contradictoires. Cependant, il en existe une seconde qui vient enrichir la première en ce sens que si cet objectif implique tout d'abord un accès intellectuel aux normes juridiques, il oblige aussi le législateur à favoriser leur accès matériel. Autrement dit, cet objectif doit être compris comme impliquant l'accès tant matériel qu'intellectuel aux normes juridiques, comme le laisse d'ailleurs entendre sa formulation : accessibilité (accès matériel) et intelligibilité (accès intellectuel). La jurisprudence atteste de l'existence de ces deux facettes de l'objectif, même si le Conseil constitutionnel n'est pas très explicite dans sa motivation. Ainsi, en vertu de la première, il implique des exigences de publicité, de lisibilité ou de codification des normes : par exemple, dans la décision n° 99-421 DC, le Conseil constitutionnel précise que l'achèvement des codes est une finalité qui « répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »¹⁶⁸. En vertu de la seconde, il implique la clarté, la précision ou encore l'absence de contradiction des normes : ainsi, dans la décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, le Conseil constitutionnel a censuré, notamment sur le fondement de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité, deux articles de la loi de finances pour 2014 car leur formulation était trop générale et imprécise¹⁶⁹. Il faut ici préciser que toute généralité ou imprécision du législateur n'a cependant pas vocation à être censurée sur le fondement de l'objectif d'intelligibilité de la loi dans la mesure où les autorités d'application de la loi conservent le pouvoir d'appréciation et, en cas de besoin, d'interprétation inhérent à l'application d'une règle de portée générale à des situations particulières¹⁷⁰.

142. Outre les fondements et la signification de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, il convient d'en préciser la portée et la spécificité contentieuse.

143. La première apparaît minimisée par le fait que le Conseil constitutionnel l'apprécie essentiellement d'un point de vue subjectif. En effet, il se situe du point de vue des destinataires de la norme pour en apprécier l'intelligibilité. Dans la décision n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001, le Conseil semble prendre en compte les destinataires de la loi pour rejeter le grief d'inintelligibilité : il s'agissait en l'espèce

¹⁶⁸ Cons. 13. En ce sens, v. également la décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, cons. 4.

¹⁶⁹ V. notamment la censure de l'article 96 de la loi en tant que le législateur ne pouvait « retenir une définition aussi générale et imprécise de la notion de « schéma d'optimisation fiscale » » (cons. 88).

¹⁷⁰ Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, cons. 25.

des collectivités territoriales et non de simples particuliers ; aussi, le fait que les nouvelles règles de financement soient énoncées « de façon précise et sans contradiction », conformément d'ailleurs au principe de libre administration des collectivités territoriales, suffit pour considérer que l'objectif d'intelligibilité de la loi n'a pas été violé¹⁷¹. De même, dans la décision n° 2011-629 DC du 12 mai 2011, le Conseil semble tenir compte du fait que les sujets de droit n'ont pas vocation à être confrontés directement à la loi contrôlée, dont le Conseil semble reconnaître qu'elle est complexe¹⁷². Était en effet contrôlée une loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, qui comprenait des dispositions très hétérogènes, ayant vocation à s'insérer dans des codes et des lois très divers autant que de ratifier des ordonnances si bien qu'au final seuls les professionnels du droit, qui auront à procéder à sa consolidation, seront confrontés à la complexité de cette loi.

144. Il n'existe ainsi aucun idéal d'accessibilité et d'intelligibilité vers lequel le législateur doit tendre, mais une exigence d'adaptation de la norme à ses destinataires : une disposition législative peut être complexe sans heurter pour autant l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité. Par exemple, dans la décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, le Conseil a considéré que le surcroît de complexité, relatif aux circuits de financement de la Sécurité sociale, résultant d'une disposition législative nouvelle, n'est pas à lui seul un facteur d'inconstitutionnalité, à partir du moment où ces dispositions sont claires¹⁷³. De même, dans la décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, le Conseil constitutionnel considère que les dispositions législatives contrôlées rendent plus complexes l'articulation entre les différents accords collectifs mais qu'elles définissent néanmoins de façon précise les rapports entre les différents niveaux de négociation et ne méconnaissent ainsi pas l'exigence d'intelligibilité de la loi¹⁷⁴. La décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012 semble résumer la position du Conseil constitutionnel : « la complexité de la loi et l'hétérogénéité de ses dispositions ne sauraient, à elles seules, porter atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »¹⁷⁵. En fait, la complexité d'un texte ne semble pouvoir être considérée comme induisant son inconstitutionnalité que si cette

¹⁷¹ Cons. 27 à 31.

¹⁷² Le Conseil précise qu'« aucune des dispositions de la loi ne méconnaît par elle-même [l']objectif » d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (cons. 6) et le commentaire officiel de la décision confirme qu'aucune disposition « prise individuellement », ne viole cet objectif. *A contrario*, la loi dans son ensemble est complexe.

¹⁷³ Cons. 4.

¹⁷⁴ Cons. 14.

¹⁷⁵ Cons. 8.

complexité engendre des incertitudes quant à sa signification ou à sa portée, soit pour ses destinataires, soit pour les autorités d'application de la loi. Il semble également possible de considérer, même si aucune décision du Conseil constitutionnel ne l'atteste à ce jour, que violerait l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité la loi qui serait complexe de manière injustifiée, c'est-à-dire la loi qui serait complexe sans que cela résulte de la complexité de la réalité qu'appréhende le législateur ou sans que cela réponde à la volonté du législateur d'atteindre tel ou tel objectif, fut-ce au prix de la complexité. À noter que le Conseil constitutionnel a refusé de se prononcer sur le respect de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité d'une disposition législative rendant l'état du droit complexe, de manière injustifiée, en raison de sa contrariété éventuelle avec des engagements internationaux de la France¹⁷⁶.

145. L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi présente une spécificité contentieuse. En effet, si tous les autres objectifs de valeur constitutionnelle apparaissent soit comme des normes d'habilitation du législateur soit comme des outils de limitation et de conciliation des droits fondamentaux, l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi est aussi utilisé comme norme de contrainte. Autrement dit, cet objectif est le seul qui a fondé des censures. La première a eu lieu dans la décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003 : le Conseil a censuré une disposition législative relative à l'élection des sénateurs en tant qu'elle était « contraire tant à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qu'au principe de loyauté du suffrage »¹⁷⁷. Plus récemment, le Conseil constitutionnel a censuré plusieurs dispositions de lois de finances pour violation de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹⁷⁸. En outre, dans la décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, le Conseil a soulevé d'office la violation de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité, avant de censurer la disposition concernée¹⁷⁹. À la vérité, il convient de remarquer que, dans chacune de ces décisions, l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'est pas la seule exigence constitutionnelle qui fonde la censure si bien qu'il est possible de douter qu'il puisse, à lui seul, caractériser un excès de pouvoir législatif. La formule retenue dans la décision n° 2003-475 DC peut le laisser penser : l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité est mis sur un pied d'égalité avec le principe de loyauté du suffrage. Les décisions plus récentes laissent en revanche planer plus

¹⁷⁶ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, cons. 14

¹⁷⁷ Cons. 26.

¹⁷⁸ Censure de l'article 19 de la loi de finances initiale pour 2012 dans la décision n° 2011-644 DC du 28 décembre 2011 (cons. 16 et 17) et censure des articles 96 et 100 de la loi de finances initiale pour 2014 dans la décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013 (cons. 88 et 119).

¹⁷⁹ Cons. 29 à 31.

d'incertitudes. Le considérant de principe associe désormais toujours l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité et la règle de l'incompétence négative, si bien qu'il est difficile de savoir sur quel fondement précis réside la censure. Le commentaire officiel de la décision n° 2011-644 DC du 28 décembre 2011 laisse même penser que la justification principale de la censure de l'article 19 de la loi contrôlée est la commission par le législateur d'une incompétence négative et non la violation de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité, alors même que la décision précise que « le législateur a méconnu les¹⁸⁰ exigences constitutionnelles précitées »¹⁸¹. À l'inverse, le commentaire officiel de la décision n° 2009-584 DC laisse penser que la censure est principalement due au caractère inintelligible de la disposition législative concernée¹⁸². Le problème réside dans le fait que toute violation de l'objectif d'intelligibilité de la loi emporte nécessairement une violation de l'article 34 qui fonde la règle de l'incompétence négative. En effet, l'inintelligibilité d'une disposition législative, qu'elle résulte de l'imprécision ou de la complexité, crée des incertitudes et reporte en conséquence la détermination de son sens sur les autorités d'application de la loi, en violation des exigences de l'article 34 de la Constitution. Seule une censure d'une disposition législative reposant sur la violation de l'exigence d'accessibilité au sens matériel de la loi permettrait d'établir avec certitude la spécificité contentieuse de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. En guise de conclusion sur la possibilité pour cet objectif de valeur constitutionnelle d'être une norme de contrainte, il importe de noter que le Conseil d'État a annulé des dispositions d'un décret sur le fondement de l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la norme. En effet, dans un arrêt du 29 octobre 2013¹⁸³, le Conseil d'État a considéré que les requérants sont fondés à soutenir que l'article 10 du décret attaqué, en tant qu'il renvoie au IV de l'article 11 alors que cet article 11 ne comprend pas de IV, méconnaît « l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme ». Certes, le Conseil d'État ne formule pas son objectif exactement comme le Conseil constitutionnel puisque celui-ci a reconnu l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et non celui de clarté et d'intelligibilité de la norme. Il n'en reste pas moins qu'il ne peut s'agir que du même objectif qui confirme ainsi qu'il peut être une norme de contrainte – servant ici à censurer une malfaçon normative – et

¹⁸⁰ Souligné par nous.

¹⁸¹ Cons. 17.

¹⁸² Le commentaire précise en effet que le Conseil a censuré certains mots en raison du fait qu'ils rendaient la disposition inintelligible.

¹⁸³ N° 360085.

pas seulement une norme d'habilitation ou de conciliation.

146. Au service de la qualité formelle des lois, le Conseil a reconnu une exigence spécifique à la matière fiscale¹⁸⁴. En effet, dans la décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, le Conseil considère que les citoyens doivent disposer d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et dénonce la complexité excessive de ces règles au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée, sauf à porter atteinte à l'égalité devant la loi, à la garantie des droits, au droit au recours ainsi que, plus généralement, aux droits et libertés, respectivement énoncés aux articles 6, 16, 4 et 5 de la Déclaration de 1789 ; il ajoute qu'en matière fiscale, la complexité de la loi méconnaît en outre l'article 14 de cette même Déclaration, relatif au consentement à l'impôt ; il poursuit en estimant que le principe d'égalité devant l'impôt implique que chaque contribuable puisse effectivement évaluer, avec un degré de prévisibilité raisonnable, le montant de son impôt ; il admet toutefois que des motifs d'intérêt général suffisants peuvent justifier la complexité de la loi. Ce sont au total quatre considérants et six ou sept fondements constitutionnels qui sont nécessaires pour reconnaître l'exigence de non-complexité de la loi fiscale et pour en déterminer les mécanismes de mise en œuvre. Cette présentation détaillée des exigences constitutionnelles applicables et l'examen minutieux de la disposition législative critiquée auquel se livre le Conseil constitutionnel dans les huit considérants révèlent la proximité étroite qu'entretient l'exigence de non-complexité excessive de la loi fiscale avec l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Elle semble concrétiser l'un de ses aspects¹⁸⁵ ; plus précisément, elle garantit l'accès intellectuel à la loi en matière fiscale et la décision fait d'ailleurs allusion à l'exigence d'intelligibilité¹⁸⁶. Cette proximité entre l'exigence et l'objectif est doublement attestée par le fait qu'ils disposent de nombreux fondements législatifs communs, à savoir les articles 4, 5, 6 et 16 DDHC, et par le fait qu'ils s'apprécient tous les deux de manière subjective, c'est-à-dire en tenant compte des destinataires de la loi. Concernant ce second point, le Conseil tient effectivement compte dans le cas d'espèce du fait que les destinataires du dispositif contesté ne sont pas seulement l'administration fiscale mais aussi les contribuables. Il relève aussi que les dispositions en cause sont incompréhensibles

¹⁸⁴ "**La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005)**", *LPA* 2006, n° 117, p. 14.

¹⁸⁵ Bertrand Mathieu, "Les lois de finances au crible de la sécurité juridique (À propos de décisions n° 2005-530 DC et 2005-531 DC du 19 décembre 2005)", *LPA* 13 janvier 2006, n° 10, p. 6.

¹⁸⁶ Cons. 78.

non seulement pour les professionnels, mais aussi, et a fortiori, pour les contribuables¹⁸⁷. Un dernier élément de ressemblance entre l'exigence de non-complexité excessive de la loi fiscale et l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité réside dans le fait que la complexité n'est pas en soi une cause d'inconstitutionnalité : comme cela a déjà été signalé, seule une complexité injustifiée semble pouvoir emporter la violation de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité ; par ailleurs, la loi fiscale ne peut être déclarée inconstitutionnelle que si elle excessivement complexe. La décision n° 2005-530 DC s'inscrit ainsi dans le prolongement de la jurisprudence antérieure. Elle semble toutefois opérer une légère évolution : il apparaît que le Conseil distingue désormais entre la complexité d'un dispositif organisé par une loi et la complexité d'une disposition législative. La loi peut être claire et précise mais instituer un système complexe ; dans ce cas, elle ne sera pas nécessairement censurée¹⁸⁸. Au contraire, lorsque la loi instaure un système complexe et que cette complexité est relayée par la complexité de la disposition législative elle-même, elle viole la Constitution. Ainsi, dans le cas d'espèce, c'est le caractère imbriqué des dispositions de la loi et le renvoi à d'autres dispositions législatives, elles-mêmes imbriquées, qui semblent en dernier lieu conduire à la censure. La malfaçon législative en général et la législation par référence en particulier sont ainsi dénoncées par le Haut conseil.

2. L'encadrement de la mutabilité législative

147. Un examen général de la jurisprudence constitutionnelle française laisse clairement apparaître que la mutabilité des lois est de principe. Cependant, le Conseil constitutionnel n'est pas complètement insensible au fait que la mutabilité législative a des effets néfastes pour les sujets de droit dans la mesure où elle peut déjouer leurs prévisions, bouleverser leurs situations factuelles ou juridiques, et notamment contractuelles. C'est la raison pour laquelle il a progressivement entrepris de tempérer la rigueur du principe de mutabilité des lois, particulièrement lorsque cette mutabilité se produit de manière violente, c'est-à-dire avec effet rétroactif, notamment dans le cadre des validations législatives¹⁸⁹. L'évolution sans doute la plus remarquable dans l'encadrement de la mutabilité législative a eu lieu à propos de la protection de la stabilité des relations contractuelles (a) et dans la prise en compte de l'exigence de confiance légitime (b).

¹⁸⁷ Cons. 84.

¹⁸⁸ Décisions n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, cons. 4 ; n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, cons. 3.

¹⁸⁹ À ce sujet, v. *supra* §§ 36 ss.

a. La consécration formelle du principe de stabilité des relations contractuelles

148. Le Conseil constitutionnel a considérablement fait évoluer sa jurisprudence relative à la protection de la stabilité des relations contractuelles en ce sens qu'il a initialement formellement refusé d'élever cette exigence à la dignité constitutionnelle, avant d'accepter de la reconnaître en tant que principe de valeur constitutionnelle.

149. Ainsi et tout d'abord, dans la décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, le Conseil affirme qu'« aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle »¹⁹⁰ ; si le Conseil répondait alors à l'invocation par les députés de la liberté contractuelle en tant qu'elle implique la liberté de conclure un contrat, cette décision avait néanmoins semblé sceller le sort de la liberté contractuelle en tant qu'elle implique également la stabilité des relations contractuelles.

150. Ensuite, la jurisprudence a progressivement évolué. Le Conseil constitutionnel a dans un premier temps considéré que la liberté contractuelle est une garantie légale d'exigences constitutionnelles et qu'elle peut ainsi être protégée de manière diffuse et indirecte dès lors que sa violation porte atteinte à n'importe quel(le) droit ou liberté constitutionnellement garanti(e)¹⁹¹. Dans un deuxième temps, il a rattaché la liberté contractuelle à la liberté sise à l'article 4 de la Déclaration de 1789, de sorte que la protection de la liberté contractuelle est restée médiante mais n'était plus diffuse ; ainsi, dans la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, il a accepté de vérifier que le législateur n'a pas porté « 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 ». Dans un dernier temps, le Conseil constitutionnel a renforcé le fondement de l'article 4 par celui de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, ce qui d'une part témoigne d'une mise en perspective de cette liberté avec l'exigence de sécurité juridique dans la mesure où la sécurité juridique dérive conceptuellement de l'exigence de garantie des droits sise à l'article 16 et d'autre part aboutit à une protection effective de la stabilité des relations

¹⁹⁰ Cons. 9.

¹⁹¹ V. par exemple la décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 dans laquelle le Conseil constitutionnel réaffirme que « le principe de la liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle » mais ajoute que sa méconnaissance peut être invoquée devant lui « dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis » (cons. 48).

contractuelles ; ainsi, dans la décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2013, le Conseil a affirmé 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 des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 »¹⁹².

151. Aujourd'hui, le considérant de principe a été quelque peu enrichi et fait référence aux deux facettes de la liberté contractuelle, à savoir la liberté de conclure un contrat qui est rattachée à l'article 4 de la Déclaration de 1789 et la stabilité des relations contractuelles qui est également fondée sur cet article 4 mais avec le renfort de l'article 16 : le Conseil constitutionnel considère qu'« il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 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, d'autre part, 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 de 1789 »¹⁹³. La formulation de ce considérant est riche d'enseignements. S'agissant de la liberté de conclure un contrat, le Conseil semble admettre par principe que le législateur puisse la limiter, avant de préciser que cette limitation doit être justifiée et proportionnée ; s'agissant de la stabilité des relations contractuelles, la formulation négative retenue laisse penser l'inverse, à savoir que le législateur ne peut pas y porter atteinte, sauf s'il justifie d'un intérêt général qui doit en outre être suffisant. La liberté de conclure un contrat semble ainsi bénéficier d'une protection constitutionnelle moindre que la stabilité des relations contractuelles. Un examen plus approfondi de la jurisprudence contredit cette impression : la liberté de contracter n'est pas dénuée d'effectivité contentieuse tandis que la stabilité des relations contractuelles semble moins protégée. En effet, les censures sur le fondement de l'exigence de stabilité des relations contractuelles sont rares tandis qu'à l'occasion d'une décision encore récente¹⁹⁴, le Conseil a censuré un dispositif législatif sur le fondement de la liberté de contracter et de la liberté d'entreprendre, alors que ce dispositif avait été jugé conforme aux règles européennes de la concurrence, dont la rigueur n'est pourtant

¹⁹² Cons. 4.

¹⁹³ Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, cons. 6.

¹⁹⁴ Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 : **"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.**

plus à démontrer. En l'espèce, l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale prévoyait une clause de désignation en matière de couverture complémentaire collective de santé et de prévoyance ; plus précisément, il permettait qu'un accord de branche désigne un organisme de prévoyance pour l'ensemble des entreprises de cette branche et prévoyait que cette désignation s'impose aux entreprises de la branche qui bénéficient déjà d'une complémentaire-santé. Le Conseil constitutionnel a vérifié que l'atteinte à la liberté contractuelle qui en résulte était justifiée par un objectif d'intérêt général, ce qui était bien le cas¹⁹⁵. Il a néanmoins censuré ce dispositif législatif en considérant que les limitations apportées à la liberté contractuelle (et à la liberté d'entreprendre) étaient trop importantes dans la mesure où elles impliquent que les entreprises d'une branche se retrouvent liées « avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini »¹⁹⁶. Il est possible de penser que si ces limitations avaient imposé seulement le choix du cocontractant désigné au niveau de la branche ou seulement la prédétermination du contenu du contrat, le Conseil n'aurait pas censuré le dispositif. Mais en l'espèce, cette double atteinte à la liberté contractuelle lui est apparue « disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques ». Quoi qu'il en soit, cette décision illustre bien l'effectivité contentieuse de la liberté contractuelle dont la valeur constitutionnelle avait pourtant été formellement niée deux décennies plus tôt.

b. La prise en compte grandissante de l'exigence de protection de la confiance légitime

152. Il n'est pas interdit de penser que l'exigence de protection de la confiance légitime suit, dans la jurisprudence constitutionnelle, la même évolution que la liberté contractuelle, mais que le processus n'est pas encore achevé.

153. Le Conseil constitutionnel a également et initialement refusé catégoriquement de reconnaître la valeur constitutionnelle du principe de confiance légitime. Il a même fait preuve d'une sorte de dédain ou de méfiance, à l'égard de ce principe originaire d'outre-Rhin et adopté par le droit communautaire : dans la décision n° 96-385 DC du 30 décembre 1996, en réponse aux députés qui en invoquaient la violation, le Conseil constitutionnel a répondu « qu'aucune norme

¹⁹⁵ Le Conseil a admis que le souhait du législateur de faciliter l'accès de toutes les entreprises d'une même branche à une protection complémentaire et d'assurer un régime de mutualisation des risques constitue bien un but d'intérêt général (cons. 10).

¹⁹⁶ Cons. II.

constitutionnelle ne garantit [...] un principe dit “de confiance légitime” »¹⁹⁷ ; l’emploi des termes « un » et « dit », ainsi que des guillemets, marque certainement la distance que le Conseil constitutionnel entendait mettre entre lui et ce principe. Pourtant et progressivement, malgré plusieurs décisions réaffirmant la position de principe de 1996, le Conseil a semblé se familiariser avec le principe de confiance légitime en ce sens qu’à plusieurs reprises il ne s’est pas montré indifférent à sa logique.

154. Pour s’en rendre compte, il convient de présenter rapidement les critères d’application de ce principe à la lumière du droit comparé. Le point de départ du mécanisme de protection de la confiance légitime consiste en l’existence d’une base de confiance créée par une personne publique, c’est-à-dire d’un comportement propre à susciter des espérances, une conviction, qu’une situation juridique déterminée ne serait pas modifiée¹⁹⁸. Ensuite, il faut montrer l’existence d’une confiance en cette base, qui se traduit par exemple par l’adoption d’un certain comportement de la part des intéressés (conclusion d’un contrat, *etc.*)¹⁹⁹. Enfin, la confiance doit être légitime et cette légitimité s’apprécie au regard d’une part de l’imprévisibilité de la mesure à l’origine de la trahison de la confiance et d’autre part de la bonne foi de celui qui entend être protégé. Concernant l’imprévisibilité, elle implique la remise en cause de la base de confiance par la personne publique de manière brutale, ce qui se produit principalement dans deux hypothèses : en l’absence de dispositif transitoire²⁰⁰ ou en présence d’un dispositif transitoire trop court²⁰¹ et en l’absence d’informations²⁰².

155. Pour en revenir à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, quelques décisions rendues dans les années quatre-vingt-dix témoignent d’une imprégnation de la logique de la confiance légitime. Par exemple, dans la décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, le Conseil constitutionnel a censuré certaines dispositions de la loi

¹⁹⁷ Cons. 18.

¹⁹⁸ Selon la Cour de justice des communautés européennes, le principe de confiance légitime peut être invoqué lorsqu’un « particulier [...] se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l’administration a fait naître dans son chef des espérances fondées » (CJCE 19 mai 1983, *Mavridis c/ Parlement*, affaire 289/81, § 21).

¹⁹⁹ Selon l’avocat général Roemer, le principe de confiance légitime est « le principe selon lequel la confiance légitime mérite protection, dans certains cas, sur la reconnaissance de positions de confiance » (conclusions sur CJCE 4 juillet 1973, *Westzucker GmbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Zucker*, affaire 1/73).

²⁰⁰ V. par exemple CJCE 14 mai 1975, *CNTA*, affaire 74/74.

²⁰¹ V. par exemple CJCE 4 juin 1981, *Dustan Curtis c/ Commission*, affaire 167/80.

²⁰² V. par exemple CJCE Ord. 10 juin 1988, *Sofrimport SARL c/ Commission*, affaire 152/88 R.

relative à la réduction négociée du temps de travail, sur le fondement de la liberté contractuelle et du principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail, mais la protection de la confiance légitime est sous-jacente²⁰³. En effet, le Conseil constitutionnel considère que les dispositions de la loi déferée contrarient l'application des clauses substantielles figurant dans plusieurs accords conclus par les partenaires sociaux en vertu de la loi du 13 juin 1998, « alors que ces clauses n'étaient contraires à aucune disposition législative en vigueur lors de leur conclusion et ne méconnaissaient pas les conséquences prévisibles de la réduction de la durée du travail décidée par le législateur en 1998 »²⁰⁴. Il semble donc que le Conseil identifie une base de confiance créée par le législateur en 1998, puis tient compte de la bonne foi des partenaires sociaux ainsi que de l'absence de prévisibilité de l'évolution du régime de la réduction du temps de travail. Les critères d'application du principe de confiance légitime transparaissent ainsi dans son raisonnement et permettent au final de sanctionner la technique législative utilisée, à savoir le recours à deux lois successives, séparées par une année d'incitation à la négociation, au moins lorsqu'elle conduit le législateur à revenir sur ce qui a pu sembler être un engagement de sa part.

156. Plus récemment, trois décisions révèlent la progression significative du principe de confiance légitime dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

157. Tout d'abord, dans la décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition législative en tant qu'elle était rétroactive pour défaut d'intérêt général suffisant mais aussi en retenant la violation d'une sorte de principe de loyauté²⁰⁵, qui participe en fait de la logique de la confiance légitime. En l'espèce, la loi de finances pour 2013 avait supprimé les prélèvements libératoires applicables aux dividendes et produits de placement, de manière à soumettre ces gains au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Le législateur avait ainsi supprimé l'option dont bénéficiaient auparavant les contribuables : ils pouvaient choisir un prélèvement forfaitaire libératoire ou déclarer ces revenus dans les conditions de droit commun. Surtout, le législateur avait décidé que la suppression des prélèvements libératoires s'appliquerait dès l'année 2012 si bien que la disposition prévoyait que les versements déjà effectués en 2012, au titre du

²⁰³ En ce sens, v. Otto Pfersmann, "Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand", *RFDA* 2000.236, note de bas de page n° 6.

²⁰⁴ Cons. 44.

²⁰⁵ Christophe de la Mardière, "Recul de la rétroactivité des lois de finances", *Constitutions* 2013.88.

prélèvement forfaitaire, perdaient leur caractère libératoire. C'est bien la remise en cause imprévisible de ce qui avait été accordé qui semble ici sanctionnée par le Conseil constitutionnel, qui fait ainsi une « place substantielle » au principe de confiance légitime²⁰⁶.

158. Ensuite, le Conseil constitutionnel s'est laissé influencé par la logique du principe de protection de la confiance légitime dans la décision n° 2013-682 DC du 19 novembre 2013 lorsqu'il s'est prononcé sur la conformité à la Constitution de la modification par le législateur des taux de prélèvement sociaux acquittés au dénouement des contrats d'assurance-vie souscrits entre le 1^{er} janvier 1983 et le 31 décembre 1989 et entre le 1^{er} janvier 1990 et le 25 septembre 1997²⁰⁷. En l'espèce, le législateur avait substitué au calcul des taux dits "historiques" le taux actuel de 15,5 % pour l'ensemble de la durée de détention du contrat. Or, le Conseil a remarqué que l'application des taux "historiques" aux produits issus de certains contrats d'assurance-vie était l'une des contreparties qui étaient attachées au respect d'une durée de six à huit ans de conservation des contrats, accordées aux épargnants pour l'imposition des produits issus de ces contrats ; « par suite, les contribuables ayant respecté cette durée de conservation pouvaient légitimement attendre l'application d'un régime particulier d'imposition lié au respect de cette durée légale ». Par ailleurs, le motif d'intérêt général avancé par le législateur pour modifier le régime de prélèvement applicable était purement financier et n'était en conséquence, dans les circonstances de l'espèce, pas suffisant. Le Conseil constitutionnel a ainsi émis une réserve d'interprétation pour que ne soit pas remise en cause l'application des taux "historiques" de prélèvements sociaux pour les produits acquis ou constatés pendant la durée légale de détention du contrat d'assurance-vie conduisant au bénéfice de l'exonération d'impôt sur le revenu sur les gains issus de ce contrat. Tant les termes utilisés dans la décision, et notamment l'adverbe « légitimement », que le raisonnement développé dans le commentaire officiel de cette décision illustrent que le Conseil a été sensible à la logique de protection de la confiance légitime si bien qu'il a été avancé que ce principe est devenu une exigence de valeur constitutionnelle²⁰⁸.

²⁰⁶ Le commentaire officiel de la décision n° 2012-662 DC indique que si le Conseil constitutionnel ne reconnaît par le principe de confiance légitime, « il leur a fait une place substantielle ».

²⁰⁷ Emmanuel Joannard-Lardant, "Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime en droit fiscal : À propos de Cons. const. 19 décembre 2013, n° 2013-682 DC", *Revue de droit fiscal* 6 mars 2014, n° 10, p. 12-23.

²⁰⁸ En ce sens, v. Bertrand Mathieu, "Le respect de la légitime confiance des citoyens s'impose au législateur", *JCP G.* n° 4, 27 janvier 2014, 116, p. 170 ; Agnès Roblot-Troizier, "Le respect de la confiance

Ce faisant, il bouleverse l'approche traditionnelle qu'il avait développée en matière de rétroactivité des lois et de protection des droits acquis : en présence d'un engagement du législateur de maintenir un dispositif pendant un délai déterminé et faute d'un intérêt général suffisant, il assure une protection subjective des attentes légitimes des contribuables vis-à-vis des modifications de la loi fiscale²⁰⁹. Il est vrai que les juridictions qui ont reconnu le principe de confiance légitime, à l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme, acceptent de protéger la confiance légitime même lorsque l'autorité normative n'a pris aucun engagement formel de maintenir un dispositif pendant un délai déterminé, mais a, par son comportement, suscité une espérance légitime. Le Conseil constitutionnel n'a pas encore franchi cette limite et ne le fera peut-être jamais, eu égard notamment au caractère abstrait de son contrôle, même dans le cadre du contentieux QPC²¹⁰, qui lui interdit de prendre en compte de manière trop approfondie les situations subjectives. Il n'en reste pas moins que la protection de toute confiance légitime n'est pas inexistante dans le contentieux constitutionnel français, au travers de l'encadrement de la rétroactivité ou de la protection des droits acquis.

159. Enfin, dans la décision n° 2014-435 QPC du 5 décembre 2014, le Conseil constitutionnel censure la rétroactivité d'une disposition législative en faisant à nouveau « application, en substance, du principe de confiance légitime »²¹¹. En l'espèce, le législateur avait soumis à la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus nouvellement créée des revenus auparavant soumis à un prélèvement libératoire. Le Conseil a noté que les contribuables « pouvaient légitimement attendre de l'application de ce régime légal d'imposition d'être, sous réserve de l'acquittement des autres impôts alors existants, libérés de l'impôt au titre de ces revenus » et il a ainsi jugé « qu'en appliquant cette nouvelle contribution aux revenus ayant fait l'objet de ces prélèvements libératoires de l'impôt sur le revenu, le législateur a remis en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus par les contribuables de l'application du régime des prélèvements libératoires »²¹². L'emploi du terme « légitimement », à deux reprises, est assez significatif, d'autant plus qu'il sert à qualifier des attentes des contribuables : le Conseil constitutionnel

légitime discrètement intégrée aux exigences constitutionnelles", *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 43.

²⁰⁹ En ce sens, v. Emmanuel Joannard-Lardant, art. cité.

²¹⁰ À ce sujet, v. *infra* §§ 246 ss.

²¹¹ Bertrand Mathieu, *JCP G.* n° 7, 16 février 2015, doct. 200.

²¹² Cons. 9.

fait une nouvelle fois application du principe de confiance légitime, pour encadrer la rétroactivité des lois fiscales, sans pour autant l'utiliser explicitement.

160. Cette constitutionnalisation rampante du principe de confiance légitime n'a pas été sans susciter quelques critiques : la confiance légitime serait un principe individualiste et sa mise en œuvre est forcément casuistique, ce qui emporte le double risque d'affaiblir l'intérêt général et d'obscurcir le contentieux constitutionnel²¹³. Il semble toutefois possible de considérer que la prise en compte de la confiance légitime n'empêche pas de tenir compte de l'intérêt général et qu'il appartient simplement au Conseil constitutionnel de procéder à une conciliation entre ces deux exigences lorsqu'elles se contredisent, à l'instar de ce qu'il fait déjà de manière très coutumière avec de nombreuses exigences constitutionnelles : la liberté d'entreprendre ou la liberté contractuelle peuvent s'effacer devant l'intérêt général et il doit en être de même pour la confiance légitime ; en revanche lorsqu'il n'existe pas d'intérêt général suffisant concurrent, rien ne devrait empêcher de protéger les attentes légitimes suscitées par le législateur. Par ailleurs, si la confiance légitime est individualiste, il apparaît que le droit l'est lui-même de plus en plus et la progression du principe de confiance légitime serait ainsi plus le révélateur d'une certaine évolution du droit en général et du contentieux constitutionnel en particulier²¹⁴ que la cause d'une tendance individualiste. Il est certain que l'application du principe de confiance légitime risque, de manière assez paradoxale, de créer un peu d'insécurité juridique dans le contentieux constitutionnel, en ce sens que le droit comparé révèle que la décision du juge est parfois imprévisible tant il existe une part de subjectivité dans l'appréciation des critères de mise en œuvre du principe de confiance légitime. Il n'en reste pas moins que la prise en compte de la logique de la confiance légitime apparaît comme un progrès dans la protection des droits fondamentaux, tant les autorités publiques ne sont pas sensées remettre en cause complètement discrétionnairement ce qu'elles ont paru accorder.

B - La question d'une réorientation de la politique jurisprudentielle s'agissant de l'exigence de sécurité juridique ?

161. Il est manifeste que le processus de consécration matérielle de l'exigence

²¹³ En ce sens, v. Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun et Julien Bonnet, "Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2014", *RDJ* 2015.227.

²¹⁴ La volonté du Conseil constitutionnel de préserver l'effet utile des QPC pour ceux qui les ont posées le pousse à individualiser les effets de ses déclarations d'inconstitutionnalité. Pour plus de précisions à ce sujet, v. *supra* § 58.

de sécurité juridique a été dynamique à compter de la fin des années 1990 et jusqu'en 2007²¹⁵. L'année 2005 est même présentée par le Président du Conseil de l'époque, Pierre Mazeaud, comme étant placée sous le signe de la sécurité juridique²¹⁶. L'arrivée d'un nouveau Président et d'un nouveau secrétaire général au Conseil constitutionnel en 2007 a semblé coïncider avec un infléchissement de la politique jurisprudentielle relative à la qualité des lois.

162. En effet, s'il n'est pas possible de revenir complètement en arrière tant une partie des exigences dérivées de la sécurité juridique sont constitutives d'un État de droit, le Conseil constitutionnel n'est pas allé jusqu'à procéder à la reconnaissance explicite de l'exigence de sécurité juridique que l'on pouvait légitimement espérer. Surtout, concernant la qualité formelle des lois, il est revenu sur une jurisprudence qui apparaissait complexe, voire éparpillée. Il a en effet renoncé à certains outils qu'il avait expérimentés au profit pourtant revendiqué de la sécurité juridique.

163. Ainsi, il n'a utilisé qu'une seule fois l'exigence de non-complexité excessive de la loi fiscale²¹⁷ et, même s'il n'y a jamais explicitement renoncé, son sort semble désormais scellé.

164. De même, après avoir durci sa jurisprudence relative aux cavaliers législatifs en censurant pour la première fois un cavalier organique dans la décision n° 2011-637 DC du 28 juillet 2011²¹⁸, le Conseil constitutionnel s'est à nouveau montré libéral vis-à-vis du législateur concernant l'appréciation du lien entre une disposition d'une loi organique introduite par voie d'amendement et l'objet de cette loi organique, en ne censurant pas ce qui pouvait apparaître comme un cavalier organique dans la décision n° 2012-646 DC du 9 février 2012 et en notant dans le commentaire officiel de cette décision que l'innovation de 2011 n'était finalement qu'une « exception jurisprudentielle ».

165. Par ailleurs, le Conseil a amorcé un revirement sur sa jurisprudence dite

²¹⁵ Dans le rapport public du Conseil d'État pour 2006, Olivier Dutheillet de Lamothe affirme que la sécurité juridique est devenue « une référence implicite majeure du contrôle de constitutionnalité des lois aujourd'hui » ("La sécurité juridique. Le point de vue du juge constitutionnel", in *Sécurité juridique et complexité du droit*, Conseil d'État, Rapport public 2006, p. 369).

²¹⁶ V. le discours de vœux du Président du Conseil constitutionnel au Président de la République pour l'année 2006, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-20/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique.51762.html>.

²¹⁷ V. *supra* § 146.

²¹⁸ Cons. 22.

“*Blocage des prix*”²¹⁹ — en vertu de laquelle il refuse, depuis 1982, lorsqu’il est saisi sur le fondement de l’article 61 de la Constitution, de contrôler si une disposition de la loi déferée relève ou non du domaine de l’article 34 de la Constitution — puis a fait marche arrière. Ainsi, dans la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, le Conseil a assoupli sa jurisprudence “*Blocage des prix*” dans le but affiché de renforcer la clarté des lois²²⁰. Concrètement, il n’a pas déclaré contraire à la Constitution les dispositions de la loi contrôlée dont il estimait qu’elles avaient « à l’évidence » un caractère réglementaire mais il a déclaré leur nature réglementaire, tant dans les motifs²²¹ que dans le dispositif de sa décision. Les dispositions législatives en cause ont pu entrer en vigueur, mais leur caractère réglementaire ayant été déclaré, le gouvernement a été autorisé à les modifier sans devoir utiliser préalablement la procédure de l’article 37, alinéa 2, de la Constitution. En d’autres termes, le Conseil constitutionnel a opéré une déclaration préventive du caractère réglementaire de certaines dispositions de la loi contrôlée et rendu ainsi aux parlementaires la possibilité de défendre le domaine de la loi. Cet infléchissement de la jurisprudence “*Blocage des prix*” est apparu comme une invitation faite au législateur à cesser le bavardage législatif, dont le Conseil d’État a mis en exergue qu’il est une cause d’insécurité juridique²²². S’il n’est pas absolument certain que cette jurisprudence puisse contribuer à renforcer la sécurité juridique²²³, il est en tous cas à noter que le Conseil l’a abandonnée, d’abord implicitement puis de manière assumée : il n’a plus jamais déclaré le caractère réglementaire de dispositions législatives puis la décision n° 2012-649 DC du 15 mars

²¹⁹ Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, cons. II.

²²⁰ V. le discours de vœux du Président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud au Président de la République pour l’année 2005, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-18/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique.51930.html>.

²²¹ Cons. 23.

²²² Conseil d’État, “De la sécurité juridique”, *EDCE* 1991, n° 43, p. 15.

²²³ L’innovation que porte la décision n° 512 DC peut servir à restaurer l’autorité de la loi ainsi qu’à améliorer l’accessibilité et l’intelligibilité de la loi, sans pour autant autoriser un progrès en matière d’accessibilité et d’intelligibilité du droit ni, en conséquence, en termes de sécurité juridique. En effet, l’autorité de la loi est entamée lorsque le législateur s’abaisse à régler tous les détails ; cependant, il confère cela faisant une certaine incontestabilité aux règles qu’il pose, tant la loi bénéficie d’une incontestabilité plus grande que le règlement, même depuis la QPC ; or, l’exigence de stabilité est également impliquée par la sécurité juridique. En outre, le droit est dans une certaine mesure plus accessible pour ses sujets lorsqu’une seule autorité normative pose toutes les règles relatives à une même question : ils n’ont pas dans cette hypothèse à procéder à la reconstitution du puzzle juridique qu’implique nécessairement la répartition des compétences entre les autorités législative et réglementaire.

2012 a marqué le retour solennel à la jurisprudence “*Blocage des prix*” : le Conseil y affirme qu’il n’est pas possible de « se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution ou pour demander que soit déclaré son caractère réglementaire »²²⁴.

166. Enfin, il a déjà été signalé que le Conseil constitutionnel a renoncé au principe de clarté au profit de l’objectif de valeur constitutionnelle d’accessibilité et d’intelligibilité de la loi. Il convient ici d’apprécier les conséquences de ce renoncement. En effet, rétrospectivement, le choix du sacrifice du principe de clarté au profit de cet objectif apparaît lourd de conséquences : en tant qu’objectif de valeur constitutionnelle, l’exigence d’accessibilité et d’intelligibilité ne peut être directement invoquée dans le cadre d’une QPC²²⁵ ; au contraire, en tant que principe, l’exigence de clarté des lois aurait pu être considérée comme un droit ou une liberté garanti(e) par la Constitution et être donc directement invocable sur le fondement de l’article 61-1 de la Constitution. La qualité formelle des lois aurait ainsi pu être plus systématiquement protégée dans le cadre du contentieux *a posteriori*, d’autant plus que l’incompétence négative ne peut elle-même être directement invoquée dans le cadre d’une QPC faute d’avoir été assimilée à un droit ou à une liberté garanti(e) par la Constitution²²⁶. Toutefois, il faut bien reconnaître que le Conseil constitutionnel n’est pas complètement démuné pour assurer la qualité formelle des lois dans le cadre du contentieux *a posteriori* : tant l’incompétence négative que l’objectif d’accessibilité et d’intelligibilité peuvent être invoqué à l’appui d’une QPC si leur violation conduit à porter atteinte à un droit ou à une liberté garanti(e) par la Constitution. Ainsi, concernant la première, dans la décision n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010²²⁷, le Conseil a censuré l’atteinte au droit de propriété qui résultait de la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence dans la mesure où ni la disposition législative contestée ni aucune autre n’instituait de garantie permettant qu’il ne soit pas porté atteinte à l’article 17 de la Déclaration de 1789. Concernant le second, le

²²⁴ Cons. 10.

²²⁵ Pour une décision illustrant qu’un objectif de valeur constitutionnelle ne peut être directement invoqué dans le cadre d’une QPC, v. par exemple : décision n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010 à propos de l’objectif de bonne administration de la justice (cons. 3).

Pour une décision illustrant que l’objectif d’accessibilité et d’intelligibilité ne peut être directement invoqué dans le cadre d’une QPC, v. par exemple : décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012 (cons. 28).

²²⁶ Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *Kimberly Clark* (cons. 2).

²²⁷ Cons. 4.

Conseil constitutionnel a considéré dans la décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012 que « l'atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité de la loi qui résulte de l'absence de version officielle en langue française d'une disposition législative peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité »²²⁸. Quelles que soient les difficultés d'interprétation qui pèsent sur cette décision²²⁹, il apparaît que le Conseil a souhaité aligner le régime contentieux de cet objectif de valeur constitutionnelle (et peut-être, avec lui, de tous les autres) sur celui de l'incompétence négative. Au final, il en résulte que le Conseil dispose des outils contentieux pour censurer, *a posteriori*, certaines manifestations de la malfaçon des lois.

167. À partir de la deuxième moitié des années 2000, la prise en compte de la dimension formelle de l'exigence de sécurité juridique semble ainsi avoir reflué dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La sécurité juridique n'en est pour autant pas moins ignorée et d'ailleurs, après huit mois en tant que membre du Conseil constitutionnel, Nicole Belloubet reconnaît qu'il existe une réflexion au sein du Conseil concernant « l'émergence éventuelle de nouveaux principes tels que la sécurité juridique ou la confiance légitime »²³⁰. La consécration explicite de l'exigence de sécurité juridique, qui peut sembler à certains égards opportune²³¹ et qui pourrait aisément voir lieu sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, en tant qu'il reconnaît la garantie des droits²³², n'est peut-être finalement pas inenvisageable même si ce processus de constitutionnalisation tarde en longueur.

²²⁸ Cons. 12.

²²⁹ En ce sens, v. Jordane Arlettaz, "De quoi la langue est-elle le droit ?", *Revue des droits et des libertés fondamentaux*, <http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=3099>. L'auteur remarque que la décision 285 QPC « ne brille ni par sa clarté, ni par son intelligibilité » et que le Conseil a pris « le risque de brouiller [sa] propre jurisprudence relative à l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté de la loi tout en affaiblissant la catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit ».

²³⁰ Nicole Belloubet, "Huit femmes membres du Conseil constitutionnel", *Le pouvoir, mythes et réalité, Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Tome 1, Presses de l'Université de Toulouse 1 capitole, 2014, p. 113.

²³¹ En ce sens, v. ***La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, 2004, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 122, spéc. pp. 393 ss.**

²³² Idem, spéc. pp. 376 ss.

Chapitre 3 : La construction d'un système juridictionnel efficient de contrôle de la constitutionnalité des lois

168. La France a longtemps refusé tout contrôle de constitutionnalité des lois. L'idée a pourtant été émise dès la Révolution française, par Sieyès notamment, qu'il faut soumettre la loi, alors même qu'elle est l'expression de la volonté générale, à la Constitution. Ce n'est qu'en 1946 qu'est institué pour la première fois un embryon de justice constitutionnelle et ce n'est surtout qu'en 1958 qu'a été créé le Conseil constitutionnel. Les travaux que ce dossier vise à mettre en cohérence portent sur la naissance et le développement du système juridictionnel du contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* depuis 1958 (Section 1) ainsi que sur son enrichissement le plus remarquable sans doute qu'a constitué la question prioritaire de constitutionnalité (Section 2).

Section 1 : La construction du contrôle de constitutionnalité *a priori*

169. Le contrôle de constitutionnalité "à la française" a longtemps gardé la spécificité de n'être qu'un contrôle *a priori* et sur saisine fermée. En effet, tel qu'instauré en 1958, le contrôle de constitutionnalité des lois ne peut avoir lieu qu'entre leur vote par le Parlement et leur promulgation par le Président de la République, à l'initiative de ce dernier, du Premier ministre, du Président de l'Assemblée nationale, du Président du Sénat et, depuis 1974, de soixante députés ou de soixante sénateurs. Or, en Europe se sont assez rapidement développées des procédures complémentaires de contrôle, c'est-à-dire des procédures permettant un contrôle des lois *a posteriori*, à l'initiative des citoyens et leur permettant de protéger en particulier leurs droits fondamentaux. Quelque rudimentaire qu'il puisse apparaître en comparaison, le contrôle de constitutionnalité des lois "à la française" s'est pourtant rapidement développé, en ce double sens que le Conseil s'est imposé comme un véritable juge (§ 1) qui a développé des techniques contentieuses perfectionnant son contrôle sur les lois (§ 2).

§ 1 : Le développement du contentieux constitutionnel *a priori*

170. Il est remarquable que dès les premières années de son existence, le Conseil constitutionnel se soit affirmé comme un véritable juge constitutionnel, c'est-à-dire comme une juridiction chargée de contrôler la conformité des lois à la Constitution (A), alors même qu'un certain nombre de contraintes pesaient sur l'institution naissante (B).

A - L'affirmation du Conseil constitutionnel comme un véritable juge constitutionnel

171. Les délibérations du Conseil constitutionnel, qui sont depuis 2009 publiques au terme de vingt cinq années, permettent de rendre compte de l'émancipation rapide du Conseil constitutionnel pendant les premières années de son existence²³³. Plus précisément, ces délibérations témoignent du fait que le Conseil constitutionnel s'est rapidement considéré comme un véritable juge constitutionnel.

172. Cela est tout d'abord attesté par le simple fait que les premiers membres du Conseil revendiquent être des juges et affirment que le Conseil est une véritable juridiction, pas le simple conseil du Gouvernement et encore moins un arbitre de ses relations avec le Gouvernement. Ainsi et respectivement, le 6 novembre 1962²³⁴, le Président Coty affirme : « nous sommes des juges » et compare le rôle du Conseil constitutionnel à celui de la Cour de cassation tandis que, le 11 août 1960, Maurice Patin n'hésite pas à affirmer que le Conseil est une « juridiction souveraine ». Le 9 janvier 1965, Léon Noël précise qu'il entend que le Gouvernement considère le Conseil comme une juridiction et non comme son conseil. À l'occasion de la délibération des 17, 18 et 24 juin 1959, Victor Chatenay précise que le Conseil ne doit pas juger le règlement de l'Assemblée nationale en tenant compte des conflits qui ont pu avoir lieu entre le législatif et l'exécutif mais seulement au regard du seul critère de la constitutionnalité avant d'ajouter que l'existence d'accords exprimés ou tacites entre le Gouvernement au sujet de dispositions réglementaires ne sauraient s'opposer à ce que le Conseil déclare, le cas échéant, inconstitutionnelles les dispositions en question. Le Conseil s'affirme ainsi, dès le début, comme une véritable juridiction, même si certains doutes ou hésitations existent, s'agissant principalement de son caractère suprême²³⁵. De manière assez paradoxale, le débat sur la juridictionnalisation du Conseil se fait plus vif à partir des années 1970²³⁶. Le Conseil constitutionnel est en quelque sorte rattrapé par lui-même : ses membres sont plus

²³³ "Présentation de la période 1959-1965", in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014, 2ème édition, pp. 35 à 51 ; "L'esprit de liberté au sein d'une institution naissante : le Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Pierre Machelon*, LexisNexis, 2015, p. 185.

²³⁴ Délibération n° 9, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 113.

²³⁵ Ainsi et par exemple, le 30 juin 1961, Gilbert-Jules doute que le Conseil soit « une véritable juridiction suprême, chargée de faire observer la Constitution par toutes les autorités de l'État ». Pour plus de précisions à ce sujet, v. "Présentation de la période 1959-1965 », art. cité, p. 48.

²³⁶ À ce sujet, v. Fabrice Hourquebie, Wanda Mastor et Ferdinand Mélin-Soucramanien, "Présentation de la période 1965-1974", *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 159 et 160, §§ 67 à 69 ; v. également Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gadhoun et Julien Bonnet, "Présentation de la période 1974-1980", op. cit., pp. 235 ss., §§ 13 à 16.

qu'au début des juristes spécialistes du droit constitutionnel ; siègent alors notamment trois professeurs de droit. Ce qui pouvait être intuitivement affirmé pendant la première décennie semble dorénavant devoir être rigoureusement démontré.

173. Ensuite, alors même que le Conseil constitutionnel était originellement conçu comme le gardien des domaines de la loi et du règlement et que certains sont même allés jusqu'à le rabaisser au rang de simple "chien de garde" de l'exécutif, le Conseil constitutionnel a certainement montré qu'il revendiquait être un véritable juge constitutionnel lorsqu'il a très tôt pressenti la pertinence de la jurisprudence dite *Blocage des prix*. Autrement dit, il a rapidement envisagé la possibilité de rendre relative et contingente la séparation établie par les articles 34 et 37 de la Constitution, pour mieux s'en décharger et se concentrer sur la confrontation entre la loi et les normes de fond que contient la Constitution lorsqu'il est saisi sur le fondement de son article 61. En effet, dans une délibération du 27 novembre 1959, le rapporteur Jean Gilbert-Jules propose que le Conseil ne juge pas de la conformité de la loi aux articles 34 et 37 de la Constitution lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61, dès lors que l'exception d'inconstitutionnalité de l'article 41 n'a pas été soulevée pendant la procédure législative et dans la mesure où le Gouvernement peut ultérieurement modifier un décret de forme législative après déclaration du Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 37, alinéa 2. Le Président Coty adopte une position similaire dans une délibération du 20 janvier 1961. Le Conseil constitutionnel imagine des solutions reposant sur une interprétation souple de la Constitution pour ne pas se laisser piéger par le Gouvernement – qui laisse filer la loi pendant la procédure législative pour ensuite la contester devant lui – puis, après 1974, par les parlementaires. En effet, lors de la séance du 30 décembre 1977 est évoquée l'idée selon laquelle la présence de dispositions réglementaires dans la loi ne peut être critiquée dans le cadre de la saisine parlementaire de l'article 61, cette fois car « cela constituerait pour les parlementaires un moyen très simple de retarder l'application des lois car il n'y a pas de loi qui ne contienne des dispositions de caractère réglementaire ».

174. Le Conseil a peut-être surtout affirmé qu'il est un véritable juge constitutionnel en considérant qu'il était le gardien d'une véritable norme constitutionnelle. La constitution se définit en effet matériellement comme la norme qui est relative à la dévolution et à l'exercice du pouvoir d'une part et qui consacre des droits et libertés fondamentaux d'autre part. Or, en 1958, la Constitution acceptée par référendum par le peuple était quasi-exclusivement relative à la dévolution et à

l'exercice du pouvoir. Les délibérations révèlent que les membres du Conseil ont ainsi très tôt considéré qu'elle devait inclure la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et même le préambule de la Constitution de 1946. Leur intention n'est bien évidemment pas aussi explicite avant la fameuse décision de 1971, mais rétrospectivement elle apparaît néanmoins évidente. Ainsi, pendant la délibération du 6 novembre 1962, René Cassin regrette que l'on puisse violer les garanties contenues dans le Préambule si le Conseil refuse de contrôler la loi référendaire, ce qui signifie bien *a contrario* que le Conseil pourrait confronter la loi référendaire au préambule de la Constitution s'il se reconnaissait compétent pour la contrôler. De même, dans la délibération du 9 février 1965, ce même Cassin semble admettre le principe d'une référence à la Déclaration des droits de 1789 en tant qu'elle fait état du droit de propriété, ce qui implique nécessairement qu'il reconnaît la valeur de droit positif de cette Déclaration ; or, cette affirmation ne soulève aucune objection de la part des autres conseillers. Surtout, en 1970, dans la délibération du 19 juin relative au débat sur le contrôle de constitutionnalité du droit communautaire²³⁷, le rapporteur, Pierre Chatenet expose les problèmes d'incompatibilité entre une décision du Conseil de la Communauté économique européenne du 21 avril 1970 et la Constitution française. Il énumère ainsi les différents articles de la Constitution auxquels cette décision pourrait porter atteinte en tant qu'elle institue une possibilité, au bénéfice de la Communauté, de percevoir des recettes propres et plus précisément des taxes additionnelles à la TVA. Parmi ces articles, figure l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, Déclaration à laquelle fait référence le préambule de la Constitution de 1958. Dans cette même délibération, c'est au tour de François Luchaire de se réclamer d'un texte auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958 : il fait en effet référence à l'alinéa 14 du préambule de la Constitution de 1946. Enfin, après que Georges-Léon Dubois a souhaité que « référence soit faite au Préambule de la Constitution au moins dans les visas et dans le dernier considérant afin de montrer que le Préambule est une source de droit »²³⁸, Pierre Chatenet s'exclame : « nous sommes les derniers dans cette enceinte à ignorer le Préambule »²³⁹.

175. Véritable juge d'une constitution digne de ce nom, le Conseil semble néanmoins conscient qu'il a trop peu d'occasions de se prononcer et qu'il faudrait

²³⁷ Délibération n° 16, "Séance du 19 juin", *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 201.

²³⁸ Ibid. p. 203.

²³⁹ Idem.

certainement élargir sa saisine pour qu'il puisse s'affirmer comme le véritable gardien de la Constitution. Ainsi, Léon Noël précise à ses collègues à plusieurs reprises qu'il avait proposé au Comité consultatif constitutionnel une saisine plus large du Conseil²⁴⁰. De manière plus radicale, l'ancien Président de la République, membre de droit du Conseil, Vincent Auriol, a fait deux propositions tendant, d'une manière ou d'une autre, à élargir la saisine du Conseil. Tout d'abord, lors de la délibération du 15 janvier 1960, il anticipe la jurisprudence "*État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*", c'est-à-dire qu'il propose que le Conseil puisse contrôler des lois déjà en vigueur dont il n'a pas été saisi. Il est alors convaincu de l'inconstitutionnalité de certaines dispositions du texte que le Conseil contrôle ce jour-là et il constate que se trouvent des dispositions analogues dans une loi organique antérieure, dont le Conseil n'avait pas été saisi parce qu'il n'était pas encore entré en fonction. Il observe qu'il faudra bien que le Conseil trouve le moyen de se saisir lui-même, sans quoi on pourrait dire que le Conseil « marche sur la Constitution ». Ensuite, quelques mois plus tard, il a proposé que soit débattu, lors d'une séance organisée spécialement à cet effet, un vœu de révision de l'article 61 de la Constitution tendant à élargir la saisine du Conseil à son président ou à l'un de ses membres²⁴¹. Il considère alors qu'il faut donner au Conseil les moyens de ne plus assister « muet et impuissant » à des « violations de la Constitution ». Aucune suite ou presque n'a été donnée à cette proposition : le Président du Conseil constitutionnel Léon Noël a simplement accepté de faire personnellement et de manière officieuse une proposition en ce sens au Général de Gaulle. Le constituant entendra le vœu des premiers membres du Conseil une dizaine d'années plus tard, lorsqu'il ouvrira la saisine du Conseil à l'opposition parlementaire, en autorisant soixante députés ou soixante sénateurs à saisir le Conseil et en rendant ainsi plus systématique le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

176. L'affirmation du Conseil en tant que véritable juridiction constitutionnelle dès les premières années de son existence est d'autant plus remarquable qu'un certain nombre de contraintes pesaient sur lui.

B - Les contraintes pesant sur la nouvelle institution

177. La principale contrainte qui pèse sur le Conseil constitutionnel à sa naissance est certainement la tradition légiscentriste qui imprègne les mentalités. La

²⁴⁰ Délibération du 7 avril 1960, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 60.

²⁴¹ Idem, pp. 60 à 62.

conscience que le Conseil contrôle l'expression de la souveraineté nationale est du reste toujours présente aujourd'hui, plus de cinquante ans après et alors que le Conseil constitutionnel a trouvé une place tout à fait centrale au sein des institutions françaises²⁴².

178. D'autres contraintes, plus circonstanciées, pèsent également sur le Conseil pendant les premières années de son existence, qui tiennent principalement au contexte politique. La Ve République est en effet née dans des temps troublés, en raison essentiellement de la crise algérienne, si bien que la liberté des membres du Conseil de délibérer en leur âme et conscience apparaît quelque fois rognée. Ainsi, à l'occasion de la délibération du 15 janvier 1960, les membres du Conseil constitutionnel sont convaincus de l'inconstitutionnalité de la loi sur les magistrats musulmans ; pourtant, ils décident de ne pas la censurer pour ne pas se voir accusés d'empêcher la pacification en Algérie²⁴³. De même, il est clair que le Conseil a validé des élections en Algérie qu'il jugeait pourtant irrégulières, ce que Léon Noël justifie pendant la délibération du 6 décembre 1960 par sa conviction qu'en cas d'invalidation, les élections qui auraient suivi auraient été entachées des mêmes irrégularités. Ensuite, à propos du déclenchement de l'article 16, Pompidou et ses collègues semblent persuadés que les conditions exigées ne sont pas toutes les deux remplies mais ils décident tout de même de rendre au Président de la République un avis favorable au déclenchement des pleins pouvoirs. Enfin, la délibération du 29 septembre 1961 révèle que les membres du Conseil acceptent de prolonger les pouvoirs que le Président de la République tient de l'article 16 de la Constitution car il faut prendre en considération le fait que le Parlement ne supporte plus le Premier ministre et qu'en conséquence, si l'article 16 était levé, le Gouvernement ne serait pas en mesure de mener une politique adaptée aux circonstances²⁴⁴.

179. La présence du Général de Gaulle à la tête de l'État, pendant les premières années de vie de l'institution, est également très certainement une circonstance

²⁴² La présence d'anciens parlementaires au sein du Conseil est considérée comme fondamentale car elle permet de mieux apprécier ce qui relève de la libre appréciation du législateur, en tant qu'il a vocation à exprimer la volonté générale. C'est ce qu'il ressort des entretiens avec différents membres du Conseil constitutionnel et de ses services, qui ont été réalisés dans le courant de l'année 2015 et de l'année 2016 en collaboration avec Fanny Malhière, dans le cadre du projet de recherche qu'elle dirige, qui est actuellement en cours et qui est consacré à l'élaboration des décisions de justice constitutionnelle. Ainsi, Jacqueline de Guillenchmidt et Jean-François de Montgolfier ont été rencontrés le 20 juillet 2015, Geneviève Gondoin le 26 août 2015 et Guy Canivet le 15 février 2016.

²⁴³ C'est l'argument utilisé par le Président Auriol.

²⁴⁴ C'est la thèse que défend Gilbert-Jules.

politique dont le Conseil doit tenir compte. Certains membres du Conseil ont en effet fait montre d'une certaine fidélité, voire de révérence, à son égard, certainement parce qu'il était le père spirituel de la Constitution de la Ve République. Ainsi en est-il par exemple de Léon Noël qui, à l'occasion de la délibération du 6 novembre 1962, fait un « partage inégal » entre « ses scrupules juridiques et sa fidélité au Général de Gaulle » et veille à ce que la loi référendaire échappe à la censure du Conseil constitutionnel²⁴⁵. Faisant preuve d'une « liberté de ton insoupçonnée »²⁴⁶ pendant leurs discussions relatives au référendum de 1962²⁴⁷, les membres du Conseil n'ont cependant pas osé s'opposer au Général de Gaulle : ils ont refusé de contrôler la conformité du référendum à la Constitution en étant majoritairement²⁴⁸ parfaitement conscients qu'ils permettaient ainsi au Général de violer la Constitution. La preuve de l'influence du Général de Gaulle sur les décisions rendues par le Conseil constitutionnel se trouve également certainement dans le fait qu'à compter de sa démission puis de sa mort, l'émancipation du Conseil semble plus prononcée. Ainsi, la délibération du 17 novembre 1965 au sujet de l'utilisation sur les affiches électorales de la croix de Lorraine illustre l'affranchissement progressif de l'ombre gaullienne portée sur l'institution²⁴⁹.

180. Ces contraintes semblent aujourd'hui bien lointaines, ce qui explique certainement que le Conseil a trouvé sa place au sein des institutions françaises. Il n'en reste pas moins que certaines critiques, qui pesaient dès l'origine sur lui, restent encore d'actualité et ont même été réactivées par l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité. Ces critiques concernent principalement la composition du Conseil²⁵⁰.

²⁴⁵ En ce sens, v. Jean-Pierre Machelon, "Présentation de la période 1959-1965", *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 25, § 17.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 23, § 11.

²⁴⁷ V. par exemple les délibérations des 2 octobre et 6 novembre 1962, portant respectivement sur l'avis officiel à propos de la loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct et sur la décision d'incompétence rendue à l'issue de ce référendum (décision n° 62-20 DC).

²⁴⁸ Bernard Chenot estime pour sa part qu'il existe un doute sur l'interprétation de la notion de « d'organisation des pouvoirs publics » dans l'article 11 et qu'il convient donc de se référer à l'esprit de la Constitution, et donc de permettre que le peuple arbitre tant il ne saurait être « antidémocratique de soumettre un problème au peuple » ("Séance du 2 octobre 1962", op. cit., p. 104). Edmond Michelet rallie son point de vue (*ibid.*, p. 105).

²⁴⁹ En ce sens, v. Fabrice Hourquebie, Wanda Mastor et Ferdinand Mélin-Soucramanien, art. cité, p. 129, § 4.

²⁵⁰ Pour plus de précisions à ce sujet, v. *infra* §§ 215 ss.

181. En dépit de ces différentes contraintes, plus passées qu'actuelles au demeurant, le Conseil constitutionnel a développé des techniques contentieuses lui permettant de perfectionner le contrôle qu'il exerce.

§ 2 : Le perfectionnement des techniques contentieuses

182. Les techniques contentieuses utilisées par le Conseil constitutionnel sont extrêmement variées. Certaines sont largement inspirées du contentieux administratif. Ainsi et par exemple, le Conseil constitutionnel fait varier l'intensité de son contrôle comme le fait le juge administratif, en opérant soit un contrôle normal, soit un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. D'autres sont propres au contentieux constitutionnel, comme par exemple l'utilisation des garanties légales d'exigences constitutionnelles pour limiter le pouvoir du législateur de modifier les lois. Cette technique est intéressante notamment en ce qu'elle permet de conférer une protection constitutionnelle à certains droits ou libertés qui n'ont pourtant pas valeur constitutionnelle, en tant qu'ils garantissent un droit ou une liberté ayant effectivement valeur constitutionnelle. Ainsi et par exemple, dans la décision dite "*bioéthique*"²⁵¹, le Conseil a considéré que les principes de primauté de la personne humaine, de respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, de l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain, de l'intégrité de l'espèce humaine sont des principes législatifs qui « tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine », si bien qu'en certaines hypothèses la violation de ces principes peut entraîner la violation du principe qu'ils garantissent, et être ainsi contraire à la Constitution.

183. Il ne saurait être question de présenter ici toutes les techniques contentieuses développées par le Conseil constitutionnel pour perfectionner son contrôle. Il semble intéressant de développer l'une d'elle, qui est d'ailleurs multiforme : il s'agit de voir dans quelle mesure le Conseil constitutionnel a développé des techniques lui permettant de sortir de l'alternative entre la censure et l'absence de censure. Cinq techniques peuvent être décrites.

184. Premièrement, il apparaît que dès l'origine, le Conseil constitutionnel s'est senti libre de sortir de cette alternative, car dès la décision n° 59-2 DC des 17, 18 et 24 juin 1959, il utilise la technique de la réserve d'interprétation, qui n'était pourtant pas prévue par les textes, et qui lui permet d'autoriser l'entrée en vigueur d'une disposition législative, potentiellement contraire à la Constitution, dès lors qu'elle est

²⁵¹ Cons. const. 27 juillet 1994, décision n° 94-343/344 DC, cons. 18.

interprétée, par ses autorités d'application, dans le sens qu'il indique dans sa décision. Depuis, le Conseil utilise abondamment cette technique, qu'il a du reste perfectionnée. Tout d'abord, dans la décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, le Conseil a précisé dans les motifs que « toute autre interprétation serait contraire à la Constitution »²⁵² et dans le dispositif que les dispositions de la loi reconnues conformes à la Constitution le sont « sous les strictes réserves d'interprétation » énoncées dans la décision²⁵³. Ensuite, depuis 2002, les réserves sont explicitement mentionnées dans le dispositif qui renvoie en outre aux considérants dans lesquels ces réserves sont détaillées²⁵⁴. Enfin, le Conseil varie les techniques de réserves utilisées, entre les réserves constructives, neutralisantes ou directives.

185. Deuxièmement, le Conseil utilise parfois la technique de la censure partielle. Ainsi, dans la décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, il estime tout d'abord que l'une des deux conditions posées par le législateur organique pour garantir certains éléments de l'autonomie financière des collectivités territoriales était inconstitutionnelle. Mais dans la mesure où il considère que l'autre condition est conforme à la Constitution et suffit même à répondre au mandat résultant de l'article 72-2, alinéa 3, il opère une censure chirurgicale de la loi organique. Il censure certains mots et caractères de ponctuation (« est déterminante, au sens de l'article 72-2 de la Constitution, lorsqu'elle garantit la libre administration des collectivités territoriales relevant de cette catégorie, compte tenu des compétences qui lui sont confiées. Elle ») ; deux portions de phrases ont ainsi été réunies pour en former une nouvelle qui a pu entrer en vigueur²⁵⁵.

186. Dans le même ordre d'idées, dans la décision n° 2009-588 DC du 6 août

²⁵² Cons. 44.

²⁵³ Article 2.

²⁵⁴ Il faut pourtant bien reconnaître que le Conseil semble parfois énoncer des réserves qui ne figurent pour autant pas dans le dispositif. Ainsi et par exemple, dans la décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, le Conseil précise que « le dispositif de plafonnement consistant à restituer à un contribuable les sommes qu'il a versées au titre des impôts directs au-delà du plafond fixé par la loi ne peut procéder que d'un calcul global et non impôt par impôt » (cons. 27) ; il semble ainsi réserver la constitutionnalité du mécanisme du "bouclier fiscal" à cette interprétation qui ne figure pourtant pas dans le dispositif de la décision.

²⁵⁵ Pour un autre exemple de censure chirurgicale, v. **le commentaire de la décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009 dans la rubrique "Techniques contentieuses", LPA 2010, n° 100, p. 10.** En l'espèce, considérant que la contrariété à la Constitution de deux articles de la loi soumise à son examen résultait de la présence en leur sein d'une portion de phrase, le Conseil a retranché uniquement les mots qui entachaient les articles d'inconstitutionnalité.

2009²⁵⁶, le Conseil utilise la technique de la censure « en tant que », qu'il utilise certes moins que le Conseil d'État mais qui n'est pourtant pas rare et déjà très ancienne²⁵⁷. Le Conseil y a en effet censuré un article de la loi soumise à son examen en tant qu'il renvoie à un autre article²⁵⁸. Puis il a tiré les conséquences de cette annulation au fond en corrigeant le texte de manière formelle.

187. Ces deux techniques illustrent que le Conseil peut être amené à changer l'économie des articles des lois pour leur éviter la censure. Il arrive même au Conseil de réécrire les lois, pour leur éviter d'être censurées. Deux décisions en particulier témoignent du fait que le Conseil constitutionnel n'utilise pas seulement la gomme, mais aussi parfois le crayon²⁵⁹, si bien qu'au final la loi contrôlée est conforme à la Constitution.

188. Ainsi, et troisièmement, dans la décision n° 2007-546 DC du 25 janvier 2007, le Conseil a réécrit le titre de la loi qu'il contrôlait, pour tirer les conséquences de la censure de certaines de ses dispositions. En effet, le titre de la loi faisait notamment et explicitement référence à l'objet de certains de ses amendements, censurés par le Conseil en tant que cavaliers législatifs. Il a donc tronqué le titre de la loi pour le rendre conforme à son contenu résultant de la censure. Il faut bien remarquer que le Conseil n'a pas directement censuré une partie du titre de la loi car ce titre n'était en lui-même aucunement contraire à la Constitution. Il a simplement précisé, dans le dispositif, juste après la censure de l'article en cause, qu'« en conséquence, l'intitulé de la loi devient... ». Le Conseil a donc bien utilisé le crayon, et pas simplement la gomme, pour poursuivre sur la métaphore du Doyen Vedel.

189. De même, dans la décision n° 2011-628 DC du 12 avril 2011, le Conseil a corrigé un défaut de la loi organique soumise à son examen. Cette loi était, au moment de son dépôt au Parlement, relative à l'élection des députés et son article 24, alinéa premier, prévoyait donc qu'elle devait entrer en vigueur lors du premier renouvellement général de l'Assemblée nationale suivant sa publication. Pendant sa discussion au Parlement, ce texte avait été sensiblement enrichi, par l'introduction de dispositions concernant l'élection du Président de la République et des sénateurs ;

²⁵⁶ V. le commentaire de cette décision dans la rubrique "Techniques contentieuses", LPA 2010, n° 100, p. 10.

²⁵⁷ Le Conseil l'a utilisée dès la décision n° 60-11 DC du 20 janvier 1961.

²⁵⁸ Le Conseil a remplacé le renvoi à l'article L. 3132-26 du code du travail par un renvoi à l'alinéa 1^{er} de ce même article (cons. 23 et dispositif de la décision).

²⁵⁹ Cette métaphore aurait été utilisée par le Doyen Vedel, ainsi que le rapportent Robert Badinter ("Du côté du Conseil constitutionnel", *RFDA* 2002, p. 207) ou Bruno Genevois ("Un universitaire au Conseil constitutionnel : le doyen Vedel", *RFDA* 2004, p. 218).

pourtant, son article 24 était resté inchangé. Le Conseil constitutionnel a dès lors estimé nécessaire de réécrire l'article 24 : s'appuyant sur les travaux parlementaires qui manifestaient l'intention des députés et sénateurs que certaines dispositions devaient s'appliquer dès les prochaines élections présidentielles et sénatoriales dès lors qu'elles leur étaient relatives, il a considéré que le premier alinéa de l'article 24 ne trouve à s'appliquer que pour les règles relatives à l'élection des députés et que « s'agissant [des dispositions] applicables à l'élection du Président de la République et à l'élection des sénateurs, elles prennent effet lors de la prochaine élection du Président de la République ou lors du prochain renouvellement du Sénat »²⁶⁰.

190. Il faut bien convenir que, dans ces décisions, la réécriture de la loi ne sert pas seulement, et même pas principalement au Conseil à éviter la censure de la loi. Elle sert avant tout à corriger une malfaçon législative. Mais étant donné que le Conseil constitutionnel a reconnu l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, il semble possible de considérer qu'une censure de ces lois auraient été possible, si l'on veut bien convenir d'une part du fait que cet objectif de valeur constitutionnelle, contrairement aux autres, est une norme de censure et pas seulement d'habilitation et de conciliation²⁶¹ et d'autre part que le Conseil pourrait accepter de censurer une loi qui est incompréhensible non pas au moment où il en a été saisi mais à l'issue de son contrôle.

191. Quatrièmement, le Conseil constitutionnel utilise parfois la technique de la « censure virtuelle »²⁶², principalement à propos de lois financières²⁶³. Ainsi, dans la décision portant sur la loi de finances pour 1998²⁶⁴, il a constaté la violation de l'article 19 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 relative aux lois de finances, mais a déclaré que le grief ne saurait toutefois être accueilli principalement dans la mesure où le Gouvernement s'était engagé à ne pas réutiliser la pratique contestée dans le prochain projet de loi de finances. Le Conseil a donc absous une inconstitutionnalité avérée en contrepartie de l'engagement du Gouvernement d'y mettre fin pour l'avenir. De même, dans la décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005 relative à la loi de financement de la sécurité sociale, le Conseil constitutionnel constate que les articles 5 et 64 de la loi qui lui est déférée ne respectent pas la loi organique relative

²⁶⁰ Cons. 24.

²⁶¹ À ce sujet, v. *supra* § 145.

²⁶² Dominique Rousseau, *RDP* 1999, p. 63.

²⁶³ "La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005)", *Les Petites Affiches* 13 juin 2006, n° 117, pp. 12-15.

²⁶⁴ Décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, cons. 14.

aux lois de finances du 1^{er} août 2001. En effet, ces articles prévoient une contribution obligatoire des caisses d'assurance maladie au fonds de concours créé par l'État en vue de l'achat, du stockage et de la livraison de produits destinés à la prophylaxie ou aux traitements de personnes exposées à certaines menaces sanitaires. Or, en vertu de l'article 17 de la loi organique du 1^{er} août 2001, les fonds de concours ne peuvent être constitués de prélèvements obligatoires mais seulement de « fonds à caractère non fiscal ». En outre, le Conseil constitutionnel a considéré dans la décision n° 2001-448 DC que la loi organique du 1^{er} août 2001 implique le caractère intentionnel du versement à un fonds de concours ainsi que le respect de l'intention de la partie versante, sauf à porter atteinte au droit de propriété. En conséquence, le caractère obligatoire de la contribution au fonds de concours visé aux articles 5 et 64 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 viole l'article 17 de la loi organique du 1^{er} août 2001. Le Conseil s'abstient pour autant de censurer ces articles en considérant 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, nécessaire en 2005 et 2006 à la mise en œuvre des actions de prévention en cause, se poursuive jusqu'à la fin de l'année 2006 » ; il ajoute que « le financement de ces actions devra toutefois être mis en conformité, à compter de l'année 2007, avec les nouvelles prescriptions organiques qui régissent les procédures comptables particulières d'affectation de recettes »²⁶⁵. Quelques jours plus tard, le Conseil constitutionnel neutralise à nouveau une violation des normes de référence du contrôle de constitutionnalité d'une loi de finances dans la décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005. Il constate que la LOLF interdit qu'une mission comporte un programme unique mais considère que la présentation des missions « mono-programme » figurant dans la loi de finances pour 2006 s'inscrit dans le cadre de la mise en place d'une nouvelle nomenclature budgétaire et il admet dès lors, afin de laisser aux autorités compétentes le soin de procéder aux adaptations nécessaires et de surmonter les difficultés inhérentes à une telle réforme, que la mise en conformité des missions « mono-programme » pourra n'être effective qu'à compter de l'année 2007²⁶⁶.

192. Cinquièmement, l'ultime technique étudiée ici qui est utilisée par le Conseil constitutionnel pour lui permettre de sortir de l'alternative censure / absence de censure consiste en la modulation des effets dans le temps de ses décisions. Il n'est pas question ici de s'intéresser au pouvoir que le constituant a reconnu au Conseil

²⁶⁵ Cons. 23 et 24.

²⁶⁶ Cons. 24 et 26.

constitutionnel dans le cadre du contentieux *a posteriori* et qui lui permet notamment de reporter dans le temps l'abrogation de la disposition législative dont il a déclaré la non-conformité à la Constitution. Il importe de montrer que, dans le cadre du contentieux *a priori*, le Conseil s'est lui-même reconnu la possibilité de moduler les effets dans le temps de ces décisions, ce qui lui permet de ne pas être obligé de censurer une loi pourtant inconstitutionnelle.

193. Tout d'abord, dans la décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006²⁶⁷, le Conseil constitutionnel a, par une réserve d'interprétation neutralisante, différé de quelques mois l'entrée en vigueur de la disposition législative autorisant la privatisation de GDF, car au jour où le Conseil rendait sa décision, GDF était encore et pour quelques mois un service public national insusceptible en tant que tel de faire l'objet d'un transfert au secteur privé, conformément à l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946. L'article 39 de la loi apparaissait ainsi contraire à la Constitution. Mais le Conseil a fait l'économie d'une censure en replaçant cet article dans le contexte de la loi qui le contient. En effet, les articles 3 et 44 de cette loi mettaient fin à la qualité de service public national de GDF à compter du 1^{er} juillet 2007. Le Conseil a ainsi considéré que l'article 39 de la loi ne pouvait recevoir application qu'à compter de cette date.

194. Ensuite, dans la décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, le Conseil constitutionnel constate que « la déclaration d'inconstitutionnalité immédiate de dispositions contestées serait de nature à méconnaître [l'exigence constitutionnelle de transposition en droit interne des directives communautaires] et à entraîner des conséquences manifestement excessives ». En conséquence, il reporte au 1^{er} janvier 2009 les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité en précisant qu'il incombe d'ici là au législateur de procéder à la correction de la cause d'inconstitutionnalité constatée, à savoir l'incompétence négative du législateur. Autrement dit, le Conseil constitutionnel couvre la violation des dispositions constitutionnelles relatives au domaine de la loi pour assurer le respect de l'exigence constitutionnelle qu'il fait découler de l'article 88-I C autant que pour faire échapper la France aux conséquences d'un recours en manquement qui était pendant devant la Cour de justice des Communautés européennes²⁶⁸. En cela, la modulation opérée ici par le

²⁶⁷ V. le **commentaire de cette décision dans la rubrique "Techniques contentieuses", LPA 2007, n° 67, p. 9.**

²⁶⁸ C'est ce qu'indique le commentaire officiel de la décision n° 2008-564 DC, explicitant ainsi la nature des « conséquences manifestement excessives » de l'inconstitutionnalité des dispositions déferées.

Conseil constitutionnel s'apparente à une technique contentieuse déjà utilisée en 2001 et désignée par Dominique Rousseau sous l'expression de « couverture de constitutionnalité ». En effet, dans la décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, le Conseil constitutionnel n'avait pas censuré l'inconstitutionnalité d'une disposition de la loi déferée car cela aurait eu pour effet de faire subsister dans la législation une erreur matérielle conduisant à une disparité de traitement contraire au principe d'égalité ; autrement dit, le Conseil constitutionnel a couvert une inconstitutionnalité pour éviter que sa censure n'emporte violation d'un autre principe constitutionnel. Les effets sont cependant différents en ce qu'en 2001 la couverture de constitutionnalité avait conduit le Conseil à ne pas censurer l'inconstitutionnalité d'une loi alors qu'en 2008 la censure est simplement repoussée mais a vocation à prendre effet si le législateur n'intervient pas pour réparer la violation de la Constitution.

195. Il est possible de remarquer qu'à l'occasion de la révision constitutionnelle de juillet 2008, le constituant a prévu que, lorsque le Conseil constitutionnel intervient dans le cadre du contrôle *a posteriori*, il peut moduler les effets dans le temps de ces déclarations d'inconstitutionnalité. Ainsi, le Conseil constitutionnel ne s'est pas vu reconnaître un pouvoir général de modulation des effets intra-temporels de ses décisions ; ce pouvoir est explicitement circonscrit au contentieux de la QPC. Il était dès lors possible de s'interroger sur la légitimité du Conseil à poursuivre dans la voie dans laquelle il s'était engagé, en dehors de toute habilitation constitutionnelle, et notamment en dehors de l'hypothèse où l'exigence de transposition des directives de l'Union européenne – on sait quel effet elle peut avoir sur l'ordre constitutionnel français²⁶⁹ – peut lui permettre de fonder une telle initiative. Certes, le Conseil d'État, la Cour de justice de l'Union européenne et la grande majorité des cours constitutionnelles européennes modulent les effets dans le temps de leurs décisions, avec l'assentiment pour ces dernières de la Cour européenne des droits de l'Homme²⁷⁰, mais cela ne saurait équivaloir à un titre de compétence délivré *mutatis mutandis* au Conseil constitutionnel. Toutefois, le silence du constituant n'a pas du tout été interprété par le Conseil comme un désaveu de l'initiative qu'il avait prise. Bien au contraire, il a considéré que la possibilité qu'il

²⁶⁹ À ce sujet, v. *supra* §§ 12 ss.

²⁷⁰ Ainsi, dans l'arrêt *Walden c/ Lichtenstein* du 16 mars 2000, la Cour européenne des droits de l'Homme affirme : « Le principe de sécurité juridique peut dispenser les États de remettre en cause des actes ou des situations juridiques antérieurs à l'arrêt d'une cour constitutionnelle annulant une disposition du droit interne pour inconstitutionnalité ».

avait de moduler les effets dans le temps de ses décisions QPC rend encore plus pertinente la possibilité qu'il s'est reconnu de le faire dans le cadre du contentieux DC, ce qui témoigne des interactions entre les contrôles *a priori* et *a posteriori* de la constitutionnalité des lois en France²⁷¹.

196. Pour conclure à propos des techniques contentieuses développées par le Conseil constitutionnel pour améliorer son contrôle sur les lois, il semble intéressant d'envisager un problème connexe à celui de la modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité. En effet, le Conseil constitutionnel module également les effets de ses revirements de jurisprudence. Ainsi et par exemple, à l'occasion de la décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006²⁷², le Conseil a resserré sa jurisprudence relative à la priorité d'examen de l'Assemblée nationale en matière financière. Or, un très grand nombre d'articles de la loi de financement de la sécurité sociale soumise à son examen apparaissaient en contradiction avec la nouvelle donne constitutionnelle. Aussi, pour atténuer les effets de ce revirement de jurisprudence, le Conseil s'est sciemment²⁷³ abstenu de contrôler d'office toutes les dispositions de la loi qu'il contrôlait, se contentant de censurer les articles déjà nombreux critiqués par les requérants. Il apparaît ainsi que le Conseil constitutionnel ne prend à la légère ni ses revirements²⁷⁴ ni leur portée.

Section 2 : La consécration du contentieux constitutionnel a posteriori

197. Il est bien connu que le système français de contrôle de constitutionnalité des lois s'est considérablement renforcé depuis sa création en 1958 et jusqu'à une période récente. Mais il restait insuffisant en raison de deux défauts principaux : il restait un contrôle *a priori*²⁷⁵ et sur saisine restreinte. L'instauration en France d'un contrôle *a posteriori* et sur saisine ouverte de la constitutionnalité des lois est apparue comme une nécessité dès la fin des années 1980 et le début des années 1990, mais les

²⁷¹ Pour plus de précisions à ce sujet, v. *infra*, §§ 244 ss.

²⁷² V. le **commentaire de cette décision dans la rubrique "Techniques contentieuses", LPA 2007, n° 67, pp. 9 et 10.**

²⁷³ C'est ce qu'indique de manière très claire le commentaire officiel de cette décision paru sur le site Internet du Conseil constitutionnel.

²⁷⁴ Thierry Di Manno, "Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français", CCC n° 20.

²⁷⁵ Le contrôle était plus précisément essentiellement un contrôle *a priori*, sous réserve des hypothèses très réduite d'application de la jurisprudence dite "État d'urgence en Nouvelle Calédonie" (pour plus de précisions à ce sujet, v. *supra* § 175 et *infra* §§ 258 ss.).

révisions de la Constitution qui ont été engagées en ce sens se sont notamment heurtées à l'opposition du Sénat²⁷⁶. Finalement, il a fallu attendre la révision constitutionnelle de 2008 pour que soit prévu le principe d'un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2010. Désormais, tout justiciable peut contester, par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité, une disposition législative en vigueur dont il considère qu'elle porte atteinte à un droit ou à une liberté que la Constitution garantit. La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité a constitué un progrès majeur du système français de contrôle de constitutionnalité des lois²⁷⁷. Les statistiques établies par le Conseil constitutionnel à l'occasion du cinquième anniversaire de la QPC attestent à tout le moins qu'il s'agit d'un franc succès. En effet, au 1^{er} mars 2015, plus de dix mille QPC ont été posées devant toutes les juridictions de France. Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont respectivement traité 856 et 1.504 questions prioritaires de constitutionnalité. Le premier en a renvoyé 207 au Conseil constitutionnel (soit 24 % des QPC traitées) et la seconde 258 (soit 18 % des QPC traitées). Ainsi, en cinq ans, le Conseil constitutionnel a été saisi de 465 questions prioritaire de constitutionnalité, il a rendu 395 décisions QPC et il a jugé contraire à la Constitution 145 dispositions législatives, dont 42 en matière pénale. Au total, le Conseil constitutionnel a rendu en cinq ans plus de décisions qu'il n'en avait rendu en cinquante ans si bien que « le temps où [la QPC] n'existait pas apparaît déjà bien loin »²⁷⁸.

198. Ce succès de la QPC a été rendu possible par quelques ajustements du Conseil constitutionnel et de son fonctionnement et également par un travail de

²⁷⁶ Ainsi, le projet de loi constitutionnelle n° 1203 portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution a été bloqué par le Sénat en 1990. S'agissant du projet de loi constitutionnelle n° 231 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VII, VIII, IX et X, il a été déposé sur le bureau du Sénat dans le courant du mois de mars 1993 mais n'est pas inscrit à l'ordre du jour par le Gouvernement issu des élections législatives des 21 et 28 mars 1993.

²⁷⁷ Selon Jean-Louis Debré, « la QPC a permis une vague de progrès de l'État de droit sans précédent dans notre pays depuis des dizaines d'années » (Discours prononcé à l'occasion du cinquième anniversaire de la QPC devant le Président de la Cour européenne des droits de l'Homme, le Premier président de la Cour de cassation, le Procureur général de la Cour de cassation et le Président de la section du contentieux du Conseil d'État : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/2015/5eme-anniversaire-de-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite.143375.html>).

²⁷⁸ C'est ce que constate Jean-Louis Debré à l'occasion du discours de vœu au Président de la République qu'il a prononcé au Palais de l'Élysée le 5 janvier 2016 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/2016/discours-de-voeux-au-president-de-la-republique.146799.html>).

celui-ci pour réguler l'accès à son prétoire (§ 1). Par ailleurs, il est intéressant de relever que le Conseil s'influence lui-même lorsqu'il contrôle la constitutionnalité des lois en ce sens que les contrôles *a priori* et *a posteriori* interagissent nécessairement (§2).

§ 1 : La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité

199. Il est bien évidemment impossible de décrire ici de manière complète et générale la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité à partir de la révision constitutionnelle qui l'a prévue en 2008. Il sera simplement question de procéder par touches pour illustrer d'une part l'évolution que le Conseil constitutionnel a connue, et connaîtra peut-être encore, en raison de la QPC (A) et d'autre part le travail jurisprudentiel qu'a accompli le Conseil constitutionnel pour réguler l'accès à son prétoire dans le cadre de la procédure de la QPC (B).

A - La nécessaire évolution du Conseil constitutionnel à l'occasion de la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité

200. L'entrée en vigueur de la QPC rendait certaines évolutions du Conseil constitutionnel nécessaires et elles ont effectivement eu lieu de manière plus ou moins satisfaisante. D'autres restent en suspens (2). Avant d'envisager ces évolutions, il convient d'exposer brièvement non pas les raisons qui les ont rendues opportunes, mais celle qui en a rendu certaines nécessaires, à savoir le risque d'une contrariété avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁷⁹ (1).

1. L'attraction du contentieux constitutionnel dans le champ de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme

201. Après avoir refusé, au début des années 1980, de censurer directement les juridictions constitutionnelles²⁸⁰, la Cour européenne des droits de l'homme a finalement admis l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme au contentieux constitutionnel. Les conditions dont elle assortit toutefois cette applicabilité excluaient jusqu'à présent le contentieux constitutionnel français. En effet, la Cour considère que l'article 6§1 s'applique à une procédure devant une cour constitutionnelle dès lors que le résultat de l'instance devant cette cour peut influencer sur l'issue d'un litige devant les juridictions ordinaires²⁸¹. Plus

²⁷⁹ "**La vulnérabilité du Conseil constitutionnel**", in *Le Droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et comparé*, Bruylant 2011, p. 691.

²⁸⁰ CEDH 6 mai 1981, *Buchholz c/ Allemagne*, A42 ; 22 oct. 1984, *Sramek c/ Autriche*, A84.

²⁸¹ CEDH 29 mai 1986, *Deumeland c/ Allemagne*, A100, § 77 ; 29 mars 1989, *Bock c/ Allemagne*, A150, § 37 ; 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*, A262, § 35 ; 16 sept. 1996, *Süssmann c/ Allemagne*, Rec. 1996-IV, § 39.

précisément, elle considère que cet article est applicable à une procédure préjudicielle devant le juge constitutionnel, alors même que le juge constitutionnel ne tranche pas l'affaire au fond, dès lors que l'instance au principal porte effectivement sur une contestation de caractère civil et qu'il existe un lien étroit entre les deux procédures²⁸². Ainsi, dès lors que le Conseil constitutionnel exerçait uniquement un contrôle de constitutionnalité des lois abstrait et *a priori*, il échappait aux exigences de l'article 6§1. L'introduction en France de la question prioritaire de constitutionnalité le place en revanche directement sous l'emprise des exigences conventionnelles relatives au droit à un procès équitable. Ces exigences sont essentiellement de deux sortes.

202. La Cour de Strasbourg impose tout d'abord le respect d'un délai raisonnable de jugement et cela occupe l'essentiel de sa jurisprudence applicable aux cours européennes. À ce sujet, il faut particulièrement retenir l'arrêt *Süssmann c/ Allemagne* du 16 septembre 1996 : auparavant, la Cour européenne appréciait le caractère raisonnable de l'ensemble d'une procédure ordinaire, qui incluait l'intervention d'une juridiction constitutionnelle ; dans cet arrêt, elle considère pour la première fois qu'une procédure devant une cour constitutionnelle relève à elle seule du respect de l'exigence du délai raisonnable.

203. La Cour européenne impose également le respect du caractère équitable de la procédure. Cette exigence a fait l'objet du célèbre arrêt *Ruis-Mateos c/ Espagne* du 23 juin 1993. Les requérants alléguaient une violation du principe de l'égalité des armes : ils dénonçaient le fait que l'avocat de l'État avait pu présenter au Tribunal constitutionnel espagnol des observations écrites sur la validité de la loi en cause, alors qu'ils n'avaient pas eu la possibilité de le faire ; ils regrettaient également de ne pas avoir pu récuser deux magistrats dont l'impartialité pouvait être sujette à caution. La Cour a accueilli leur thèse et considéré en conséquence que le principe du contradictoire n'avait pas été respecté.

204. Il faut enfin signaler que la Cour européenne des droits de l'homme semble également reconnaître que le droit d'accès à un tribunal s'applique aux juridictions constitutionnelles. C'est ce que révèle l'arrêt *Millan I. Tornes c/ Andorre*²⁸³. Dans cette affaire, le requérant avait été condamné au pénal et s'était vu refuser l'autorisation d'agir devant le Tribunal constitutionnel d'Andorre au moyen du recours d'*empara*. Ce refus lui avait été opposé par le procureur général de la

²⁸² CEDH 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*, A262.

²⁸³ CEDH 6 juil. 1999, *Millan I. Tornes c/ Andorre*.

principauté. Le requérant avait donc saisi la Commission européenne des droits de l'homme pour se plaindre que l'opposition du Procureur général andorran l'avait privé de l'accès au Tribunal constitutionnel. La Commission a déclaré son grief recevable²⁸⁴. La Cour européenne n'a pas eu à se prononcer sur le fond de l'affaire, dans la mesure où un règlement amiable a été trouvé entre le Gouvernement andorran et le requérant. Elle note tout de même que le droit andorran a été modifié après les faits constitutifs de l'espèce et que désormais l'accès direct des justiciables au Tribunal constitutionnel par le biais du recours d'*empara* est assuré, sans l'autorisation préalable du ministère public. Il faut bien comprendre que la Cour européenne ne considère pas que la Convention impose un contrôle de constitutionnalité des lois ouvert aux particuliers²⁸⁵. Mais dans l'hypothèse où un contrôle de constitutionnalité existe, les justiciables doivent pouvoir y accéder et la procédure mise en place devant la juridiction constitutionnelle est susceptible d'être contrôlée par la Cour européenne des droits de l'homme.

205. Ces quelques arrêts, et spécialement l'arrêt *Ruiz-Mateos*, ont manifesté la volonté de la Cour de Strasbourg d'exercer un véritable contrôle hiérarchique sur les juridictions constitutionnelles nationales²⁸⁶. Certes, lorsqu'elle se trouve confrontée à des questions qui impliquent des cours constitutionnelles nationales, la Cour européenne des droits de l'Homme tend à conserver une certaine retenue²⁸⁷, c'est-à-dire qu'elle tient compte de leurs spécificités et tente de préserver leur marge de manœuvre en appliquant « rigoureusement le *judicial self-restraint* »²⁸⁸. Il n'en reste pas moins que dès lors que le Conseil constitutionnel est associé à la résolution d'un litige devant les juridictions ordinaires dans le cadre d'une procédure QPC, il rentre dans le champ de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ce qui a rendu souhaitables, voire nécessaires, certaines évolutions.

2. Les ajustements du Conseil constitutionnel et de la procédure constitutionnelle contentieuse de la question prioritaire de constitutionnalité

206. Les ajustements qu'ont connu le Conseil constitutionnel et la procédure

²⁸⁴ Commission européenne des droits de l'homme, décision du 17 nov. 1998, *J. Millan I Tornos c/ Andorre*, req. n° 35052/97.

²⁸⁵ CEDH 21 fév. 1986, *James et Autres c/ Royaume-Uni*, A98, § 85.

²⁸⁶ Patrick Gaïa, "Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel", *RFDC* 1996, p. 725.

²⁸⁷ Jean-François Flauss, *RFDC* 2000, p. 847.

²⁸⁸ Francesco Coccozza, "Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle "transfrontière" de la CEDH et justice constitutionnelle nationale. Les lignes incertaines d'une relation structurée", *RFDC* 1996, p. 722.

constitutionnelle contentieuse française ne sont pas tous, ni même entièrement, impliqués par la nécessité de respecter les exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme. Mais il est manifeste que ces exigences ont joué un rôle fondamental sur le renforcement du droit à un procès équitable rue de Montpensier.

a. Le renforcement du contradictoire

207. L'évolution la plus manifeste du contentieux constitutionnel à compter de 2010 est la progression des exigences liées aux droits de la défense en général et au principe du contradictoire en particulier. Ainsi, dans le contentieux QPC, l'audience et le délibéré sont distincts et la première est publique, le Conseil ayant réaménagé ses locaux à cette fin. Par ailleurs, la procédure suivie garantit le respect du contradictoire ; cette procédure est pour l'essentiel détaillée dans le règlement intérieur du 4 février 2010. Eu égard à la brièveté du délai laissé au Conseil constitutionnel pour rendre sa décision, à savoir trois mois à compter de la transmission d'une QPC par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, les notifications et les échanges se font par la voie électronique. Le Conseil constitutionnel orchestre ces échanges. Tout d'abord, dès qu'il est saisi d'une QPC, il en informe les hautes autorités de l'État²⁸⁹, mais aussi et bien évidemment les parties à l'instance. Il les invite à présenter des observations écrites et, le cas échéant, à produire des pièces au soutien de celles-ci, avant une date qu'il précise et qui ne peut être reportée. Les pièces et observations adressées après cette date ne sont pas versées à la procédure. Le Conseil notifie ensuite ces premières observations et, le cas échéant, les pièces produites à leur soutien, aux parties et aux autorités de l'État qui peuvent présenter des observations ne pouvant avoir pour objet que de répondre aux premières, avant une date qui est à nouveau fixée par le Conseil constitutionnel. Si le Conseil constitutionnel décide, pour les besoins de l'instruction, de recourir à une audition, le contradictoire s'applique également, c'est-à-dire que les parties et autorités sont invitées à y participer. S'il décide de soulever un moyen d'office, il le communique aux parties et aux autorités de l'État, qui sont invitées à présenter leurs observations dans un certain délai. Le contradictoire s'applique également aux observations en intervention, qui sont admises, dans le contentieux de la QPC, en considération de l'intérêt spécial de celui qui souhaite intervenir ; le Conseil constitutionnel a

²⁸⁹ Selon l'article 1^{er} du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, ces hautes autorités sont le Président de la République, le Premier ministre, les présidents des assemblées parlementaires ainsi que, s'il y a lieu, le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le président du congrès et les présidents des assemblées de province.

d'ailleurs adopté un règlement intérieur à cet effet le 21 juin 2011. Il faut également noter que dans le cadre de la procédure QPC, le dépôt et la récusation des membres du Conseil sont organisés. S'agissant tout particulièrement de la récusation, elle peut être demandée par une partie par un écrit spécialement motivé et accompagné des pièces propres à la justifier. Elle est communiquée au membre du Conseil qui en fait l'objet, et qui peut acquiescer. Dans le cas contraire, cette demande est examinée par le Conseil en l'absence du membre dont la récusation est demandée. Le caractère contradictoire de la procédure est enfin manifeste à l'occasion de l'audience, dont il a déjà été précisé qu'elle est publique et distincte du délibéré. En effet, les avocats peuvent présenter leurs observations à l'oral.

208. Le caractère contradictoire de la procédure suivie pour l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité est ainsi évident, si bien que la procédure de la QPC répond *a priori* aux exigences du droit à un procès équitable tel qu'il est garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁹⁰.

209. Il n'en reste pas moins que cette procédure pourrait encore être améliorée. L'audience des QPC est en effet distincte des audiences qui peuvent avoir lieu devant les autres juges sur un point : les juges constitutionnels ne prennent pas la parole pendant l'audience, et donc ils n'interrogent ou n'interpellent pas les parties pour obtenir certaines informations, et approfondir ainsi le débat. Il semble que ce silence gardé par les membres du Conseil pendant les audiences QPC soit un souhait du Président Jean-Louis Debré, qui craignait certainement que les interventions des membres soient l'occasion de relancer le débat, ce qui serait problématique dès lors que le Conseil est tenu de statuer en trois mois et doit donc éviter que l'instruction connaisse des rebondissements. Il n'en reste pas moins que l'audience est une phase très importante de la QPC, à l'occasion de laquelle les avocats des parties ont notamment l'opportunité d'évoquer des cas d'application de la loi pouvant interpeller les membres du Conseil, qui sont de plus en plus sensibles à cette forme de concrétisation du procès constitutionnel²⁹¹. À l'heure où un nouveau Président

²⁹⁰ La Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la conformité aux exigences de l'article 6 de la Convention de la procédure de la QPC devant le Conseil constitutionnel. En revanche, elle a jugé conforme à cet article 6 le mécanisme de filtrage des QPC par les juridictions de fond et de cassation (CEDH 17 septembre 2015, *Jacky Renard et autres c/ France*, req. n° 3569/12).

²⁹¹ C'est ce qu'il ressort des entretiens avec différents membres du Conseil constitutionnel et de ses services, qui ont été réalisés dans le courant de l'année 2015 et de l'année 2016 en collaboration avec

s'installe au Conseil constitutionnel²⁹², la pratique pourrait peut-être évoluer, ce qui juridictionnaliserait encore un peu plus le Conseil constitutionnel.

b. L'évolution de la composition du Conseil constitutionnel

210. Le mode de nomination des membres du Conseil constitutionnel a légèrement évolué concomitamment à l'inscription de la QPC dans la Constitution et cela n'est sans doute pas un hasard : à l'heure où le Conseil s'est juridictionnalisé, ainsi que cela vient d'être évoqué, il fallait certainement changer le caractère complètement discrétionnaire de ce mode de nomination. Ainsi, depuis 2008, l'article 56 de la Constitution prévoit que les personnes pressenties pour devenir membre du Conseil constitutionnel doivent être auditionnées par les commissions parlementaires permanentes compétentes qui disposent d'un droit de veto en ce sens qu'elles peuvent s'opposer à une nomination à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés²⁹³.

211. Ainsi la nomination des membres du Conseil constitutionnel n'apparaît plus complètement discrétionnaire. Il n'en reste pas moins qu'elle continue de prêter le flanc à la critique pour deux raisons²⁹⁴.

212. Tout d'abord, il est possible de considérer que le Parlement n'est pas suffisamment associé à la procédure de désignation des membres du Conseil constitutionnel. Dans les systèmes étrangers, le Parlement élit souvent à la majorité qualifiée les membres²⁹⁵ ou certains membres²⁹⁶ des cours constitutionnelles, ce qui

Fanny Malhière, dans le cadre du projet de recherche consacré à l'élaboration des décisions de justice constitutionnelle (pour plus de précisions à ce sujet, v. *supra* note de bas de page n° 242).

Toutes les personnes interrogées ne considèrent cependant pas que les interventions des juges constitutionnels pendant les audiences seraient un progrès, tant la procédure constitutionnelle contentieuse reste dans un cadre principalement écrit, comme la procédure administrative contentieuse.

²⁹² Laurent Fabius a été nommé membre du Conseil constitutionnel par le Président de la République le 16 février 2016 et a prêté serment le 8 mars 2016.

²⁹³ Plus précisément, le calcul des voix, pour les nominations envisagées par le Président de la République, s'opère en additionnant les votes négatifs exprimés au sein des deux commissions parlementaires permanentes compétentes alors que le calcul des voix, pour les nominations envisagées par chaque président des assemblées, s'opère en additionnant les votes négatifs émis seulement au sein de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée.

²⁹⁴ **"La vulnérabilité du Conseil constitutionnel", in *Le Droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et comparé*, Bruylant 2011, pp. 695 à 697.**

²⁹⁵ C'est le cas en Allemagne, au Portugal ou encore en Hongrie (v. Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, Que sais-je ?, PUF).

²⁹⁶ C'est le cas en Italie, en Espagne ou encore en Autriche (v. Louis Favoreu, *op. cit.*).

implique la recherche d'un « consensus positif » entre la majorité et l'opposition et non simplement l'évitement d'un « consensus négatif »²⁹⁷. À la décharge du constituant de 2008, on peut remarquer que ni le comité Vedel, ni le comité Balladur n'ont proposé de réforme en ce sens. La question a certes été soulevée à l'occasion de l'examen du projet de loi constitutionnelle par le Parlement. Ainsi, un député, M. Patrick Braouezec, a proposé un amendement tendant à modifier la composition du Conseil afin qu'il comprenne quinze membres dont neuf désignés par l'Assemblée nationale. Mais la commission a rejeté cet amendement. Le rapporteur, M. Jean-Luc Warsmann, a d'ailleurs justifié de manière générale le système français de nomination des membres du Conseil constitutionnel en s'appuyant sur les écrits de Georges Vedel selon lequel « si l'on en juge par certains exemples étrangers, l'intervention du Parlement dans la désignation des juges constitutionnels aboutit à une sensible politisation de l'opération »²⁹⁸. Les partisans de l'association du Parlement à la procédure de désignation des membres du Conseil constitutionnel ne contestent au demeurant pas que cette association ne saurait avoir pour effet de dépolitiser cette désignation. Ils avancent en revanche que ce système, grâce à l'exigence d'une majorité qualifiée, permettrait d'interdire la monopolisation du Conseil par une même famille de pensée²⁹⁹.

213. Ensuite, le constituant n'a pas répondu à la critique bien connue et déjà ancienne qui dénonce l'absence de toute condition de compétence juridique particulière pour devenir membre du Conseil. Là encore, le Conseil constitutionnel fait exception au sein des autres cours constitutionnelles européennes et ne répond pas au modèle de justice constitutionnelle dressé par Hans Kelsen au début du siècle dernier. Celui-ci affirmait en effet qu'il « est de la plus grande importance d'accorder, dans la composition de la juridiction constitutionnelle, une place adéquate aux juristes de profession »³⁰⁰. Certes, des juristes et non des moindres siègent généralement au Conseil constitutionnel. En outre, la présence d'hommes politiques

²⁹⁷ Olivier Jouanjan, "Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique", *Jus politicum* 2009, n° 2, <http://juspoliticum.com/article/Modeles-et-representations-de-la-justice-constitutionnelle-en-France-un-bilan-critique-72.html>.

²⁹⁸ Georges Vedel, "Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel", in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, 1996, p. 540 ; en ce sens également, v. Guillaume Drago, "Réformer le Conseil constitutionnel ?", *Pouvoirs* 2003/2, n° 105, p. 77.

²⁹⁹ Dominique Rousseau, "Chiche pour une réforme du Conseil constitutionnel !", in *Le Droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 911.

³⁰⁰ Hans Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la constitution", *RDP* 1928, p. 227.

au sein du Conseil (qui peuvent par ailleurs être des juristes) est reconnue comme un facteur d'enrichissement du Conseil³⁰¹ et d'audace de sa jurisprudence³⁰². Il n'en reste pas moins que juridiquement, rien ne s'oppose à ce qu'aucun juriste ou une minorité de juristes siège au Conseil constitutionnel.

214. Il apparaît ainsi que l'évolution du mode de nomination des membres du Conseil constitutionnel était nécessaire en raison de l'élargissement de ses compétences qui le fait de plus en plus ressembler aux cours constitutionnelles et suprêmes européennes, mais qu'elle reste largement insuffisante, principalement au regard de l'absence de toute condition de compétence juridique particulière, si bien que certains renouvellements de membres du Conseil continuent d'être, pour certains membres de la doctrine, source de stupeur³⁰³.

215. Concernant la composition du Conseil constitutionnel, il est également possible de regretter que la révision constitutionnelle de 2008 n'ait pas été l'occasion de supprimer la catégorie des membres de droit du Conseil constitutionnel.

216. En effet, la présence des anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel, en tant que membres de droit, pouvait se comprendre en 1958³⁰⁴ mais elle semble inexcusable plus de cinquante ans après. Elle fait suspecter que le Conseil est avant tout un organe politique. Parmi les très nombreux arguments en faveur de

³⁰¹ Par exemple, Guy Carcassonne ne souhaite pas un tarissement de l'espèce des hommes politiques au Conseil constitutionnel car ce serait, selon lui, un véritable appauvrissement dans la composition du Conseil constitutionnel ("Les membres du Conseil constitutionnel : 1958-2008", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* 2009, n° hors-série, *Cinquantenaire du Conseil constitutionnel*, p. 12).

Les membres du Conseil et de ses services interrogés en 2015 et 2016 dans le cadre du projet de recherche consacré à l'élaboration des décisions de justice constitutionnelle (v. *supra* note de bas de page n° 242) conviennent également de l'importance de la présence des hommes politiques en général et des anciens parlementaires en particulier au Conseil constitutionnel.

³⁰² Georges Vedel relève ainsi que les politiques sont mieux informés que les juristes des conditions réelles de confection des lois, ce qui leur a permis de les désacraliser et que cela constitue la condition d'un contrôle efficace de constitutionnalité des lois ("Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel", in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, 1996, p. 541).

³⁰³ Patrick Wachsmann considère ainsi que les nominations de 2010 suscite une stupeur intacte : il fait référence à la stupeur qu'avait provoquée la toute première nomination de membres du Conseil, qui avait été commentée par Charles Eisenmann dans un article paru dans le journal *Le Monde* du 5 mars 1959 et dont le titre est resté célèbre : « Palindrome ou stupeur » ("Sur la composition du Conseil constitutionnel", *Jus politicum* n° 5, <http://juspoliticum.com/article/Sur-la-composition-du-Conseil-constitutionnel-294.html>).

³⁰⁴ Il est bien connu qu'il s'agit d'une faveur accordée par les constituants au Président René Coty qui souhaitait assurer une sortie honorable aux anciens Présidents de la République.

la suppression de la catégorie des membres de droit du Conseil constitutionnel³⁰⁵, il semble intéressant d'insister sur le fait que la présence des anciens Présidents est de nature à bouleverser les équilibres au sein de cette institution³⁰⁶, en raison de différents paramètres. Premièrement, les effets conjugués de l'allongement de la vie, du rajeunissement de la classe politique, du passage au quinquennat et de la limitation du nombre des mandats présidentiels sont de nature à augmenter le nombre des anciens Présidents de la République qui pourraient décider de venir siéger au Conseil, autant que la durée de leur présence en son sein, si bien que trois voire quatre ou cinq anciens Présidents pourraient y siéger ensemble et pourraient ainsi permettre à une petite minorité de membres nommés d'emporter les décisions, en y apportant leur soutien. Deuxièmement, les anciens Présidents de la République semblent bénéficier d'une autorité particulière, ce qui est de nature à rompre l'égalité avec les autres membres ; cela était manifeste lorsque siégeait les deux anciens Présidents de la IV^e République³⁰⁷ et peut être suspecté pour la période plus récente. Troisièmement, les anciens Présidents ne sont pas astreints à l'obligation de prêter serment, à la différence des membres nommés qui jurent « 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 »³⁰⁸ ; ici la rupture de l'égalité avec les autres membres du Conseil constitutionnel est manifeste alors qu'elle ne semble reposer sur aucune différence de situation³⁰⁹ ni

³⁰⁵ Pour un plaidoyer complet en faveur de la suppression de la catégorie des membres de droit du Conseil constitutionnel, v. R. Badinter, "Une exception française : les anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel", in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 513.

³⁰⁶ **"La vulnérabilité du Conseil constitutionnel", in *Le Droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Études de droit français et comparé*, Bruylant 2011, pp. 692 à 695.**

³⁰⁷ L'étude des premières délibérations du Conseil montrent la place importante que René Coty et Vincent Auriol ont occupée au sein des débats, qui est sans doute liée à la grandeur de leur fonction passée ainsi, il faut le reconnaître, qu'à la personnalité plus effacée de certains des premiers membres du Conseil.

³⁰⁸ Article 3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

³⁰⁹ Des différences entre les membres de droit et les membres nommés existent en pratique. Ainsi, seuls ces derniers semblent être sollicités pour rapporter sur les affaires dont le Conseil a à connaître. C'est ce que laisse apparaître le dépouillement des archives du Conseil pendant les premières années de son existence, alors que siégeait René Coty et Vincent Auriol, et c'est très probablement ce qui se passe encore aujourd'hui. Par ailleurs, à l'heure actuelle, Valéry Giscard d'Estaing ne siège que pour les décisions rendues dans le cadre du contentieux *a priori* ; or, aucun membre nommé ne pourrait se sentir autorisé à ne siéger que dans le cadre de telle ou telle compétence du Conseil.

justifiée par un intérêt général³¹⁰.

217. Si la catégorie des membres de droit du Conseil constitutionnel n'a pas été supprimée en 2008, c'est sans doute parce que le Président alors en exercice, Nicolas Sarkozy, n'a pas souhaité que la Constitution soit changée sur ce point : il considère que les anciens Présidents de la République, dans la mesure où ils ont eu à faire fonctionner la Constitution, peuvent apporter au Conseil une vision autre que théorique, une vision concrète et pratique que seul peut avoir éprouvé celui ou celle qui s'est trouvé en situation de décider³¹¹. L'actuel Président de la République, François Hollande, s'est engagé à supprimer, pour l'avenir, les membres de droit du Conseil. Un projet de loi constitutionnelle a d'ailleurs été déposé en ce sens sur le bureau de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013³¹², en même temps que deux autres relatifs à la démocratie sociale³¹³ et à la responsabilité juridictionnelle du Président de la République et des membres du Gouvernement. Le processus de révision de la Constitution que ces trois projets auraient dû amorcer s'est cependant rapidement interrompu si bien qu'il apparaît aujourd'hui mort-né.

c. La réactivation du débat sur les opinions dissidentes

218. La QPC a mis la France au niveau des standards européens de justice constitutionnelle en complétant le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois par un contrôle *a posteriori* axé sur la protection des droits fondamentaux. Dès lors que les juridictions européennes équivalentes au Conseil constitutionnel admettent

Cependant, il convient de noter que ces différences ne sont en aucun cas organisés par les textes, en ce sens qu'elles ne résultent ni de la Constitution ni de l'ordonnance organique de 1958 relative au Conseil constitutionnel.

³¹⁰ C'est plutôt un intérêt personnel que semble viser cette absence d'obligation de prêter serment : l'intérêt personnel de Vincent Auriol car c'est à son initiative que les membres de droit ne sont pas astreints à l'obligation de prêter serment. En effet, à l'occasion de la délibération du 7 avril 1960, il expose à ses collègues sa conception du rôle des anciens Présidents de la République au sein du Conseil et leur déclare qu'il avait demandé au Général de Gaulle que les membres de droit puissent conserver leur liberté de parole en n'étant pas obligés de prêter serment de garder le secret des délibérations

³¹¹ Nicolas Sarkozy, "Ouverture", Actes du colloque du 3 novembre 2008, 50^{ème} anniversaire du Conseil constitutionnel, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° Hors série, 2009, p. 9.

³¹² Projet de loi constitutionnelle n° 814 relatif aux incompatibilités applicables à l'exercice de fonctions gouvernementales ainsi qu'à la composition du Conseil constitutionnel.

³¹³ Pour plus de précisions à ce sujet, v. **"Heurts et malheurs du projet de constitutionnalisation de la démocratie sociale", intervention au colloque "Innovations et défis de la démocratie sociale" organisé à Dijon les 16 et 17 avril 2015 par Dominique Andolfatto, David Jacotot et Samuel Mercier, à paraître aux éditions du Septentrion en 2016.**

toutes les opinions dissidentes³¹⁴, la mise en place de la QPC aurait pu être l'occasion de réfléchir sur l'opportunité d'autoriser ce genre d'opinions en France. Mais cela n'a pas été le cas. Le débat sur les opinions dissidentes a semblé tout de même être indirectement relancé, dès lors que certains anciens conseillers constitutionnels ont relativement récemment publié ce qui ressemble bien à de telles opinions³¹⁵.

219. Tout d'abord, dans l'ouvrage *Cas de conscience* publié en 2010³¹⁶, Pierre Joxe a livré son opinion sur trois décisions du Conseil constitutionnel qui ont été rendues alors qu'il en était membre³¹⁷. Plus précisément, il lève le voile sur le déroulement de certaines séances du Conseil, il livre au public des contre-projets de considérants dont il apparaît qu'il les a proposés aux conseillers pendant les délibérations et qu'ils ont été rejetés par la majorité. Ce faisant, il révèle qu'il existait des minorités dont il faisait partie avec son « ami le socialiste Jean-Claude Colliard » qui a siégé pendant six années en même temps que lui³¹⁸. Plus généralement, il émet des jugements sur le Conseil, sa production et certains de ses manques. Il met même en cause la nature juridictionnelle de l'institution à laquelle il a appartenu en estimant qu'en une vingtaine de circonstances des problèmes constitutionnels ont reçu « une réponse politique, revêtue d'un costume juridique plus ou moins élégant mais taillé sur mesure »³¹⁹.

220. Plus récemment, Roland Dumas a publié un ouvrage intitulé *Politiquement incorrect. Secrets d'État et autres confidences*³²⁰ dans lequel il montre qu'il peut aussi être juridiquement incorrect puisqu'il révèle partiellement la teneur de la délibération du Conseil qui a eu lieu en 1995 et à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a validé les comptes de campagne de deux candidats à l'élection présidentielle. Il explique que le Conseil constitutionnel a voté contre l'avis des rapporteurs. Il donne

³¹⁴ Dominique Rousseau et Éric Spitz, "Le crépuscule du Conseil constitutionnel", *Le Monde* 6 déc. 2001.

³¹⁵ "La Constitution, les Français et les opinions dissidentes : une histoire de piano et de tabouret", *Constitutions 2010*, p. 513

³¹⁶ Labor et fides, 2010.

³¹⁷ Il s'agit des décisions relatives à la loi "Perben II" en tant qu'elle remet en cause l'âge de la minorité pénale (décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004), à la loi sur le CPE en tant qu'elle remet en question l'obligation de justifier les motifs d'un licenciement (décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006) et à la loi sur la communication audiovisuelle et le service public de la télévision en tant qu'elle transfère du CSA au Président de la République le pouvoir de nommer les présidents des sociétés nationales de programme (décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009).

³¹⁸ Pierre Joxe, *op. cit.*, p. 165.

³¹⁹ Pierre Joxe, *op. cit.*, p. 160.

³²⁰ Cherche midi, 2015.

plus de détails en expliquant qu'il s'agissait de son premier dossier car il venait d'être nommé à la présidence du Conseil constitutionnel par François Mitterrand et qu'il a constaté que les comptes de campagne de Jacques Chirac et d'Édouard Balladur « étaient manifestement irréguliers ». Face à ce cas de conscience, il affirme avoir beaucoup réfléchi et qu'il était persuadé qu'« annuler l'élection de Chirac aurait eu des conséquences terribles ». Puis il indique : « Nous avons finalement décidé, par esprit républicain, de confirmer à l'unanimité au deuxième tour, son élection présidentielle. Je suis convaincu que j'ai sauvé la République en 1995 ». Le secret de la délibération est ainsi manifestement violé. À la décharge de Roland Dumas, peut-être est-il possible d'avancer le fait qu'il se prononce vingt ans après les faits ; or, les archives du Conseil constitutionnel sont désormais publiques au bout de vingt-cinq années. Il ne fait donc que devancer de cinq ans la révélation de certains éléments de la délibération du Conseil constitutionnel relative aux comptes de campagne de Jacques Chirac et d'Édouard Balladur. Par ailleurs, il n'est pas le seul à avoir levé une partie du voile sur cette délibération. En 2011, Jacques Robert s'était exprimé dans la presse à ce sujet en révélant qu'après que le Conseil a refusé de valider les comptes des deux candidats, Roland Dumas avait demandé aux rapporteurs de revoir leur copie en invoquant la « raison d'État ». Il regrettait alors d'avoir « servi de caution à une belle entourloupe », persuadé que « Roland Dumas, Jacques Chirac et Édouard Balladur se tenaient à l'époque par la barbichette ».

221. Ces révélations s'inscrivent dans une série de manquements plus ou moins évidents à leurs devoirs par des membres du Conseil³²¹. Elles sont en tous cas de nature à relancer le débat sur l'opportunité d'autoriser les opinions dissidentes tant, si elles avaient été autorisées à l'époque, elles auraient sans doute permis aux personnes intéressées de s'exprimer d'une autre manière que celle que l'on utilise lorsque l'on s'adresse à des journalistes ou que l'on revendique être *politiquement incorrect*.

222. Les justifications traditionnelles à l'interdiction de publier des opinions dissidentes tiennent à la nécessité d'assurer l'indépendance du juge et l'autorité morale de ses décisions ainsi qu'à la préservation de la dignité de la justice. Il est par

³²¹ Ainsi, Valéry Giscard d'Estaing et Simone Veil ont fait campagne en faveur de la ratification de la "Constitution européenne" alors que le Conseil constitutionnel s'était prononcé sur la conformité à la Constitution de ce traité. Il faut toutefois remarquer que le premier en avait tiré la conséquence qu'il devait s'abstenir de siéger au Conseil pendant six mois, en particulier pendant les séances qui concernaient directement ou indirectement le traité constitutionnel tandis que la seconde s'était mise en congé du Conseil constitutionnel pendant la campagne électorale à laquelle elle a participé.

ailleurs bien connu que Georges Vedel considérait que l'admission des opinions dissidentes serait une méthode infaillible pour nuire au Conseil constitutionnel.

223. D'autres auteurs considèrent au contraire que l'admission de l'expression des opinions dissidentes permettrait de renforcer la justice constitutionnelle en France car elles présenteraient comme principaux avantages de la rendre moins obscure et de contraindre la juridiction concernée à améliorer la motivation de ses décisions³²². Autrement dit, elles constitueraient « une contrainte procédurale qui oblige les juges à aller le plus loin possible dans la démonstration de la validité de leur interprétation d'un énoncé constitutionnel » et mettraient en exergue le caractère raisonnable des décisions de justice en les débarrassant de tout référent transcendantal³²³.

224. Quoi qu'il en soit, il est certain que l'autorisation de l'expression des opinions dissidentes ne pourrait avoir lieu qu'à la condition de revoir de manière plus générale le fonctionnement du Conseil. Il apparaît en effet que tant que le travail de préparation des décisions du Conseil est centralisé par son service juridique, l'émission d'opinions dissidentes par ses membres ne pourrait se réaliser dans de bonnes conditions³²⁴.

B - La régulation, par le Conseil constitutionnel, de l'accès à son prétoire à l'occasion de la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité

225. Le succès de l'introduction du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France était notamment conditionné par le fait que le Conseil constitutionnel ne se trouve pas submergé par les saisines tendant à faire reconnaître qu'une disposition législative en vigueur est contraire à la Constitution. Aussi, la procédure de la QPC a-t-elle tout entière été pensée pour que le Conseil puisse faire fasse au flux des questions de constitutionnalité qui lui seraient adressées ; le

³²² Olivier Jouanjan, "Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique", *Jus politicum* 2009, n° 2, <http://juspoliticum.com/article/Modeles-et-representations-de-la-justice-constitutionnelle-en-France-un-bilan-critique-72.html>.

³²³ Dominique Rousseau, "Une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2000, n° 8.

³²⁴ Quelle que soit l'opinion des membres du Conseil et de ses services sur l'opportunité d'autoriser l'expression des opinions dissidentes, il semble qu'ils partagent la conviction qu'une telle réforme ne serait possible qu'à la condition que les membres du Conseil constitutionnel puissent bénéficier d'assistants personnels. C'est ce qui résulte des entretiens menés avec des membres du Conseil et de ses services en 2015 et 2016, en collaboration avec Fanny Malhière, dans le cadre d'un projet de recherche consacré à l'élaboration des décisions de justice constitutionnelle (pour plus de précisions, v. *supra* note de bas de page n° 242).

constituant et le législateur organique ont en effet prévu un système de filtrage par les juridictions ordinaires et leurs cours suprêmes.

226. Le Conseil constitutionnel a également participé au calibrage du filtre de la QPC, autant que cela lui était possible. Ainsi et par exemple, il a décidé de retenir une interprétation stricte de la notion de changement des circonstances, de sorte qu'il ne soit pas amené à se prononcer trop fréquemment sur la constitutionnalité de dispositions législatives dont il a déjà reconnu la conformité à la Constitution (1). De même, il interprète de manière prudente la notion de droits ou libertés que la Constitution garantit (2). Au contraire, le Conseil constitutionnel a accepté que soient posées directement devant lui des questions prioritaires de constitutionnalité lorsqu'il se prononce en tant que juge électoral grâce à une interprétation extensive des termes de l'article 23-1 de l'ordonnance organique de 1958 modifiée (3).

1. L'interprétation stricte de la notion de changement des circonstances sise à l'article 23-2 2° de l'ordonnance organique de 1958 modifiée

227. Aux termes de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité qu'à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et qu'elle soit nouvelle ou présente un caractère sérieux. Le Conseil constitutionnel a interprété de manière assez stricte la notion de changement des circonstances, de sorte qu'il ne puisse lui être adressé trop de QPC portant sur des dispositions législatives dont il a déjà reconnu la conformité à la Constitution. Ce faisant, il entend certainement préserver l'autorité de la chose qu'il a déjà jugée, mais il restreint également et nécessairement l'accès à son prétoire, de telle sorte qu'il ne soit pas submergé par trop de saisines.

228. Outre les statistiques, qui témoignent de la rareté de l'admission du changement des circonstances de fait, l'affaire qui illustre sans doute le mieux le caractère très restrictif de l'interprétation de cette notion est certainement celle relative à la compensation financière d'un certain nombre de compétences sociales transférées par l'État aux départements et qui a donné lieu à la décision n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011. Le Conseil avait déjà reconnu la conformité à la Constitution des dispositions législatives organisant la compensation financière des

transferts du RMI, du RMA et du RSA aux départements ³²⁵ mais certains départements ont tout de même contesté, devant le juge administratif, ces dispositions législatives par le biais de QPC. Le Conseil d'État a transmis ces QPC au Conseil constitutionnel en estimant que les circonstances avaient changé, ce qui justifiait un nouvel examen de leur conformité à la Constitution ; il a en effet considéré que « l'évolution défavorable des charges exposées depuis la date [du] transfert [des compétences] par les départements au titre de l'allocation de revenu minimum d'insertion, amplifiée par une dynamique moindre des ressources disponibles pour en assurer le financement, revêt le caractère d'un changement dans les circonstances de fait de nature à justifier que la conformité de ces dispositions à la Constitution soit à nouveau examinée ». Ainsi, pour le juge administratif, la différence entre la projection et la réalité, près de dix ans après, constitue un changement de circonstances justifiant la recevabilité de la requête. Mais, de façon assez prudente ³²⁶, le Conseil adopte un point de vue radicalement différent en estimant « qu'il n'existe aucun changement des circonstances de nature à permettre un nouvel examen de constitutionnalité » ³²⁷.

229. Le caractère restrictif de l'interprétation de la notion de changement des circonstances par le Conseil constitutionnel est révélé d'une part par le fait que le Conseil d'État avait retenu une interprétation différente, plus favorable aux départements ³²⁸, et d'autre part par le fait qu'un certain nombre de rapports parlementaires ou de la Cour des comptes tendaient à accréditer la thèse du changement des circonstances de fait, en montrant par exemple que la charge du RMI pour les départements s'est révélée plus importante que la compensation financière prévue pour ce transfert de compétence, en raison notamment de l'augmentation importante des demandes de RMI à partir de 2003 ³²⁹. D'ailleurs, l'État avait complété

³²⁵ Décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003 (cons. 10 à 15).

³²⁶ En ce sens, v. Pierre-Yves Gahdoun, "La révolte des départements devant le Conseil constitutionnel", *Gazette du Palais* 11 août 2011, n° 223, p. 9.

³²⁷ Cons. 17.

³²⁸ Il est toutefois notable que le rapporteur public, Claire Landais, avait rendu des conclusions contraires sur cette question du changement des circonstances, en se basant sur le double fait que les ressources affectées ne s'étaient pas dégradées en valeur absolue et que l'évolution des dépenses, bien qu'importante, n'avait pas conduit à faire peser sur les départements une charge nette non compensée telle qu'elle entraverait leur libre administration.

³²⁹ Ainsi et par exemple, la Cour des comptes a constaté que « la prise en charge de nouvelles compétences sociales par les départements a [eu] pour conséquence de réduire leurs marges de manœuvre en augmentant l'importance et la rigidité de leurs charges, sans pouvoir influencer sur elles

la compensation financière qu'il avait initialement accordée en allouant aux départements des abondements exceptionnels, pour prendre à sa charge une partie de l'augmentation des dépenses au titre du RMI ; autrement dit, en venant financièrement en aide aux départements, l'État avait en quelque sorte implicitement admis que la compensation financière initialement attribuée n'était pas suffisante.

2. L'interprétation prudente de la catégorie des droits ou libertés au sens de l'article 61-1 de la Constitution

230. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, tel qu'il a été consacré par le constituant en 2008 et le législateur organique en 2009, n'est pas un contrôle de conformité des lois à toutes les dispositions de valeur constitutionnelle. En effet, selon l'article 61-1 de la Constitution, une question prioritaire de constitutionnalité ne peut servir à contester la conformité d'une disposition législative qu'aux droits et libertés que la Constitution garantit. Aussi, depuis l'entrée en vigueur de la QPC en 2010, le Conseil identifie, au fil de ses décisions, les droits et libertés au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Il a par exemple considéré comme tel le principe de participation des travailleurs à la détermination des conditions de travail³³⁰, le principe de séparation des pouvoirs³³¹, le principe de libre administration des collectivités territoriales³³². *A contrario*, le Conseil constitutionnel considère que l'article 75-1 de la Constitution qui consacre l'appartenance des langues régionales au patrimoine de la France n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit³³³ et qu'il en est également ainsi des sept alinéas qui constituent le préambule de la Charte de l'environnement³³⁴.

231. Les objectifs de valeur constitutionnelle et la règle de l'incompétence négative ont un statut intermédiaire : ils ne peuvent, en eux-mêmes être invoqués dans le cadre d'une QPC, mais le Conseil accepte de censurer une disposition

de manière significatives dès lors que les critères qui les déterminent ne sont pas de leur ressort » (*La conduite par l'État de la décentralisation*, Rapport public thématique, 2009, p. 39).

³³⁰ Décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, cons. 4.

³³¹ Décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, cons. 3.

³³² Décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, cons. 4.

³³³ Décision n° 2011-130 QPC du 20 mai 2011, cons. 3.

³³⁴ Décision n° 2014-394 QPC du 7 mai 2014, cons. 5. Pour une liste plus complète des normes non invocables en QPC, v. "À la une - Mai 2015 : Les normes constitutionnelles non invocables en QPC" sur le site Internet du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/mai-2015-les-normes-constitutionnelles-non-invocables-en-qpc.143644.html>.

législative sur leur fondement si leur méconnaissance emporte violation d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit.

232. Le refus du Conseil d'admettre que l'incompétence négative ou les objectifs de valeur constitutionnelle sont des normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* peut s'interpréter comme une volonté de sa part de ne pas se trouver submergé de QPC. C'est particulièrement le cas pour l'incompétence négative³³⁵ : si elle était reconnue comme un droit ou une liberté au sens de l'article 61-I de la Constitution, elle risquerait d'être très fréquemment invoquée par les auteurs d'une QPC, tant la répartition des compétences entre le législateur et l'autorité réglementaire reste assez subtile. S'agissant des objectifs de valeur constitutionnelle, leur exclusion de la catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit semble également justifiée par la volonté de Conseil de ne pas faire de fausses promesses aux justiciables³³⁶ : les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont pas en principe des normes de sanction³³⁷, si bien que leur invocation, dans le cadre d'une QPC, ne peut *a priori* pas servir à l'auteur de la QPC à obtenir ce qu'il souhaite, à savoir l'abrogation de la disposition législative contre laquelle il dirige sa question prioritaire de constitutionnalité.

3. L'interprétation extensive de l'article 23-I de l'ordonnance organique de 1958 modifiée

233. Le Conseil constitutionnel n'est pas, selon une lecture littérale des dispositions constitutionnelles et organiques relatives à la QPC, une juridiction devant laquelle il est possible de poser une QPC lorsqu'il statue en matière électorale, faute de relever du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Toutefois, dans la décision n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012 dite *Bubenheimer*, le Conseil constitutionnel, saisi d'une réclamation portant sur une élection sénatoriale, a accepté d'examiner une QPC qui lui avait été posée³³⁸. Cette fois, le Conseil a donc retenu une interprétation extensive des textes lui donnant compétence dans le cadre d'une QPC, et plus précisément de l'article 23-I de l'ordonnance organique de 1958

³³⁵ C'est ce qu'il ressort des entretiens avec des membres du Conseil et de ses services, menés en collaboration avec Fanny Malhière, dans le cadre du projet de recherche consacré à l'élaboration des décisions de justice constitutionnelle (pour plus de précisions à ce sujet, v. *supra* note de bas de page n° 242).

³³⁶ *Idem.*

³³⁷ Sous réserve éventuellement du cas de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Pour plus de précisions à ce sujet, v. *supra* § 145.

³³⁸ **"La recevabilité d'une QPC posée devant le Conseil constitutionnel, juge électoral", *RFDC* 2012, n° 91, p. 597.**

modifiée qui prévoit que les QPC ne peuvent être posées que « devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ».

234. À la vérité, l'admission des QPC posées directement devant lui en tant que juge électoral ne contredit nullement l'intention du législateur organique. Il n'en reste pas moins qu'elle a suscité certaines interrogations.

235. Le législateur organique semblait effectivement favorable à l'admission des QPC posées directement devant le Conseil constitutionnel en tant que juge électoral. Les travaux préparatoires de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-I de la Constitution précisent que les termes utilisés dans le nouvel article 23-I de l'ordonnance de 1958 relative au Conseil constitutionnel ne permettent pas de préjuger dans quelle mesure le Conseil pourrait, en tant que juge électoral, admettre une question de constitutionnalité directement soulevée devant lui et qu'il appartiendra à ce Conseil de tirer lui-même les conséquences de la réforme constitutionnelle³³⁹. Autrement dit, le législateur organique ne paraissait pas opposé à une lecture souple de l'article 23-I³⁴⁰. La solution finalement retenue par le Conseil dans sa décision du 12 janvier 2012 était du reste assez prévisible car un document de présentation de la QPC datant de 2010, mis en ligne sur son site Internet et rédigé par son secrétaire général laissait entendre qu'il n'apparaissait pas hostile à l'admission de la recevabilité d'une QPC posée devant lui lorsqu'il est juge électoral, même s'il est dans une situation différente de celle des juridictions visées à l'article 61-I C³⁴¹. Cette solution s'imposait eu égard à l'esprit de la réforme constitutionnelle de 2008, mais aussi pour des motifs de cohérence. Le commentaire officiel de la décision du 12 janvier 2012 explique en effet et notamment qu'une autre solution aurait conduit à apporter des garanties moindres aux justiciables qui contestent l'élection d'un député ou d'un sénateur qu'à ceux qui contestent l'élection d'un conseiller municipal ou d'un conseiller général³⁴².

³³⁹ Ass. nat., rapport n° 1898, fait au nom de la commission des lois par Jean-Luc Warsmann, p. 42.

³⁴⁰ En ce sens, v. également le rapport n° 637, fait au nom de la Commission des lois du Sénat par Hugues Portelli, p. 37.

³⁴¹ Marc Guillaume, "La question prioritaire de constitutionnalité", *Justice et cassation, revue annuelle des avocats aux Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2010.

Par ailleurs, à l'occasion de son audition par le rapporteur de la Commission des lois du Sénat à propos du projet de loi organique mettant en œuvre l'article 61-I C, Marc Guillaume avait déjà indiqué qu'il serait logique que le Conseil constitutionnel s'engage dans la voie de la transposition du contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception aux instances où il intervient en tant que juge électoral (Rapport n° 637 précité, p. 37).

³⁴² V. le commentaire officiel de la décision sur le site Internet du Conseil constitutionnel, p. 10.

236. L'admission des QPC posées directement devant le Conseil constitutionnel en tant que juge électoral a été source d'interrogations en ce sens que la procédure de question prioritaire en constitutionnalité ne pouvait trouver à s'appliquer telle quelle devant le Conseil constitutionnel, juge électoral, faute de filtrage possible par le Conseil d'État ou la Cour de cassation.

237. Le Conseil constitutionnel a progressivement répondu à ces interrogations, au fur et à mesure des occasions qui lui ont été données par des justiciables qui lui ont posé des QPC dans le cadre du contentieux électoral. Puis il a modifié son règlement intérieur, pour tenter de rationaliser cette procédure des QPC posées directement devant lui, en tant que juge électoral.

238. Tout d'abord, dans la décision *Bubenheimer*, le Conseil constitutionnel n'a pas choisi de vérifier si les conditions de recevabilité de la QPC étaient ou non remplies en l'espèce et a directement examiné la conformité à la Constitution de la disposition législative critiquée. Il a donc choisi de se situer en dehors de certaines règles spécifiques de la QPC fixées par l'article 61-1 C et par l'ordonnance organique de 1958 modifiée. Fallait-il en déduire que toutes les règles propres à la QPC avaient vocation à ne pas être applicables dans le cadre du contentieux électoral ? Était-il possible par exemple de considérer qu'un requérant contestant une élection législative ou sénatoriale devant le Conseil en excipant de l'inconstitutionnalité d'une loi pouvait être dispensé de présenter son grief dans un mémoire distinct et motivé portant la mention "question prioritaire de constitutionnalité", comme doit normalement le faire un justiciable qui pose une QPC devant un juge du filtre ? La décision *Bubenheimer* n'apportait pas de réponse à cette question dès lors qu'en l'espèce le requérant avait respecté les règles de formes concernant la présentation d'une QPC³⁴³ ; autrement dit, le Conseil n'a eu pas l'occasion de rejeter la question de constitutionnalité pour défaut formel dans sa présentation. Une autre question était en suspens : en choisissant de s'abstraire des règles de la QPC pour apprécier la recevabilité de la question de constitutionnalité qui lui était posée, le Conseil s'obligeait-il à renoncer au pouvoir d'abrogation de la loi inconstitutionnelle que lui reconnaît l'article 62, alinéa 2, de la Constitution ? Cette disposition précise en effet explicitement que le Conseil ne peut abroger que les dispositions dont il est saisi sur le fondement de l'article 61-1 C. Ainsi, lorsqu'il contrôlerait la constitutionnalité d'une loi en tant que juge électoral, le Conseil ne pourrait avoir que le pouvoir d'en écarter l'application pour le cas d'espèce, lorsqu'il considère que cette loi est

³⁴³ Ces conditions sont prévues par les articles R. 771-3 du code de justice administrative, 126-6 du code de procédure civile et R. 49-21 du code de procédure pénale.

inconstitutionnelle – à l’instar de ce que font les juges ordinaires lorsqu’ils reconnaissent l’inconventionnalité d’une disposition législative – mais pas de l’abroger. Là encore, la décision n° 4538 SEN n’apportait aucune réponse dès lors que le Conseil a considéré que la disposition législative contestée en l’espèce, à savoir l’article L. 289 du code électoral, est conforme à la Constitution. Force est tout de même de constater qu’en l’espèce le Conseil a reconnu la constitutionnalité de l’article contesté non seulement dans les motifs, mais aussi dans le dispositif de sa décision, ce que ne font pas les juges ordinaires lorsqu’ils excipent de l’inconventionnalité d’une loi. Par ailleurs, le commentaire officiel de cette décision précise que « le Conseil a choisi d’insérer le contrôle de constitutionnalité soulevé à l’occasion du contentieux électoral dans le cadre fixé par l’article 61-I de la Constitution » et souligne la volonté du Conseil d’assurer la cohérence du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* si bien que le contrôle de constitutionnalité qu’il accepte désormais d’exercer en tant que juge électoral doit être limité aux seuls « droits et libertés » garantis par la Constitution et pourra conduire à une abrogation, avec le même effet *erga omnes* que les autres décisions rendues à l’occasion de QPC.

239. Ensuite, dans les décisions *Devedjian* et *Plagnol* rendues le 18 octobre 2012³⁴⁴, le Conseil a procédé à un petit ajustement rédactionnel en ce sens qu’il a visé la Constitution dans son ensemble alors qu’habituellement, en matière électorale, il vise « la Constitution, notamment son article 59 »³⁴⁵ ; ceci illustre bien que le Conseil ne s’estimait pas seulement saisi sur le fondement de l’article 59 de la Constitution, mais également sur le fondement de son article 61-I. Les visas de ces décisions ont par ailleurs apporté une réponse à la question laissée en suspens par la décision *Bubenheimer* relative au caractère distinct du mémoire QPC. En effet, les visas de la décision *Plagnol* indiquent que ce justiciable a déposé deux mémoires le 2 août 2012 : le premier est son mémoire en défense ; le second pose la question prioritaire de constitutionnalité qu’il entend soumettre au Conseil. En revanche, les visas de la décision *Devedjian* font apparaître que celui-ci n’a déposé qu’un seul mémoire ; or, comme les considérants précisent qu’il a posé une QPC, il faut en conclure que cette question était comprise dans son mémoire en défense. Dès lors que le Conseil a

³⁴⁴ Décisions n° 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN et n° 2012-4563/4600 AN ; **"Précisions sur la recevabilité d’une QPC posée devant le Conseil constitutionnel, juge électoral", *Constitutions* 2013, p. 271.**

³⁴⁵ Dans trois décisions rendues le même jour que les décisions *Devedjian* et *Plagnol* et à l’occasion desquelles aucune QPC n’avait été soulevée, le Conseil a d’ailleurs utilisé son visa habituel, c’est-à-dire celui qui fait référence à l’article 59 de la Constitution (décisions n°s 2012-4618, 2012-4620 et 2012-4642 AN).

accepté d'examiner ces deux QPC, il fallait nécessairement en conclure que l'exigence d'un mémoire distinct qui est posée par l'article 23-1 de l'ordonnance organique de 1958 modifiée et qui prévaut lorsqu'une QPC est posée devant une juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ne s'applique pas lorsqu'une telle question est posée directement devant le Conseil constitutionnel lui-même, statuant en matière électorale.

240. Ces mêmes décisions *Devedjian* et *Plagnol* ont en revanche donné l'occasion au Conseil de préciser que d'autres règles propres à la QPC s'appliquent bien lorsqu'il est saisi d'une QPC en tant que juge électoral. Les motifs de ces décisions font en effet apparaître que le Conseil a examiné les QPC qui lui étaient posées au travers du filtre que prévoit l'article 23-2 de l'ordonnance organique de 1958 modifiée. Il a plus précisément vérifié qu'il n'avait pas déjà reconnu la conformité à la Constitution de la disposition législative contestée, à savoir l'article LO 134 du code électoral.

241. La différence de traitement ainsi opérée entre les conditions de l'article 23-1 et celles de l'article 23-2 de l'ordonnance organique de 1958 modifiée s'explique aisément par la différence qu'il semble possible de faire entre les conditions de "transmissibilité" (article 23-1) et celles de "recevabilité" (article 23-2) des QPC. Il apparaît en effet évident que la question de constitutionnalité posée ne mérite de recevoir de réponse que si elle est applicable au litige (article 23-2 1^o) et si elle est sérieuse (article 23-2 3^o); par ailleurs, l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel commande que le Conseil ne se prononce pas sur des dispositions dont il a déjà reconnu la conformité à la Constitution (article 23-2 2^o). Le Conseil semble ainsi avoir vocation à apprécier chacune de ces conditions de "recevabilité" d'une QPC lorsqu'il est saisi directement d'une QPC en tant que juge électoral, étant entendu que l'appréciation du caractère sérieux de la question posée sera nécessairement confondue avec l'examen de la constitutionnalité de la disposition législative contestée³⁴⁶. En revanche, le caractère distinct du mémoire contenant la QPC (article 23-1, alinéa 1) n'a de sens qu'au stade du filtre des questions prioritaires de constitutionnalité et concerne donc leur "transmissibilité". En effet, le caractère distinct du mémoire est la technique trouvée par le législateur organique pour bien distinguer la QPC de l'affaire à l'occasion de laquelle elle a été posée; seule la première a vocation à remonter jusqu'au Conseil, qui doit en revanche ignorer la seconde tant le constituant de 2008 a souhaité combler les lacunes du contrôle de constitutionnalité des lois à la française tout en lui conservant son caractère abstrait.

³⁴⁶ En témoignent d'ailleurs la décision *Bubenheimer* du 12 janvier 2012.

Or, lorsque le Conseil constitutionnel est saisi d'une QPC en tant que juge électoral, il est nécessairement saisi non seulement de cette QPC mais également de l'affaire elle-même ; il ne présente donc aucun intérêt qu'un "corridor-QPC"³⁴⁷ soit rendu possible grâce au caractère distinct du mémoire QPC.

242. Enfin, après avoir rendu une autre décision ayant accru certaines incertitudes³⁴⁸, le Conseil a de manière presque concomitante clarifié les conditions de recevabilité et d'examen des QPC posées directement devant lui en tant que juge électoral en modifiant son règlement intérieur applicable à la procédure suivie pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs par la décision n° 2013-126 ORGA du 22 février 2013³⁴⁹. Cette décision insère un article 16-1 dans le règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs. Il est ainsi désormais prévu que « lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée à l'occasion d'une procédure en cours devant lui, le Conseil constitutionnel procède selon les dispositions du règlement intérieur sur la procédure devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité » (alinéa 1) et que « le Conseil constitutionnel 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 » (alinéa 2). En clair, le Conseil a prévu que s'appliquent concurremment la procédure applicable au contentieux électoral et celle propre aux QPC lorsqu'il est directement saisi d'une QPC, en tant que juge électoral. Il est notamment possible d'en déduire que les QPC directement posées au Conseil dans le cadre du contentieux électoral doivent être motivées, alors que des doutes au sujet de cette condition de "transmissibilité" des QPC existait à la suite des décisions *Bubenheimer*, *Devedjian* et *Plagnol*. L'obligation de

³⁴⁷ Selon l'expression employée par Xavier Domino et Aurélie Bretonneau, "QPC : deux ans, l'âge de raison ?", *AJDA* 2012.423.

³⁴⁸ Décision n° 2012-4580/4624 AN du 15 février 2013, "La recevabilité d'une QPC posée devant le Conseil constitutionnel, juge électoral", *Constitutions* 2013, p. 277.

³⁴⁹ "La recevabilité d'une QPC posée devant le Conseil constitutionnel, juge électoral", *Constitutions* 2013, p. 277.

Il faut noter que cette modification visait tout d'abord à actualiser un texte qui ne l'avait plus été depuis 1995, alors qu'une importante réforme avait eu lieu en matière d'élections législatives et sénatoriales en 2011 (loi n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs) mais le Conseil en a également profité pour préciser la procédure applicable aux QPC posées directement devant lui, en tant que juge électoral, dès lors que le législateur organique lui a en quelque sorte laissé carte blanche en la matière ainsi que cela a été signalé (v. *supra* § 235).

motivation peut tout d'abord se déduire de l'article 3 du règlement intérieur applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs selon lequel « les requêtes introductives d'instance doivent contenir [...] l'exposé des faits et moyens invoqués ». Étant donné que la question prioritaire de constitutionnalité n'a pas à figurer dans un mémoire distinct, elle est un moyen comme un autre et son exposé doit donc figurer dans la requête. Le caractère obligatoire de la motivation d'une QPC est en outre confirmé autant qu'explicité par le fait que l'article 16-1 de ce règlement intérieur renvoie à la seconde phrase de l'alinéa 3 de l'article 23-5 de l'ordonnance organique de 1958. En effet, désormais, pour savoir s'il doit organiser une audience publique pour traiter la requête, le Conseil constitutionnel doit vérifier le respect de conditions de "transmissibilité/recevabilité" des QPC ; il doit donc notamment vérifier que la question posée est bien sérieuse. Or, cette vérification ne peut être faite que si la question de constitutionnalité est suffisamment motivée. C'est en tout cas l'interprétation de l'obligation de motivation du mémoire QPC donnée par le Conseil d'État et la Cour de cassation, en tant que juge du filtre de la QPC. En effet, dans une décision du 14 décembre 2010³⁵⁰, la Cour de cassation a considéré qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC dès lors que « dans les termes très généraux où elle est posée, [elle ne lui permet pas] de contrôler son caractère nouveau ou sérieux ». De même, dans un arrêt du 9 juillet 2010³⁵¹, le Conseil d'État a relevé que l'auteur de la QPC n'avancé aucun argument au soutien de sa question de constitutionnalité puis considéré « que, par suite³⁵², [cette question], qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux ». Ainsi, l'obligation faite au Conseil constitutionnel par l'article 16-1 de son règlement intérieur de vérifier la "transmissibilité/recevabilité" d'une QPC doit nécessairement le conduire à exiger que soient suffisamment motivées les QPC qui lui sont directement posées en tant que juge électoral.

243. Au final, il aura fallu une année au Conseil pour lever un certain nombre d'incertitudes qui résultaient du fait qu'il s'est reconnu compétent pour contrôler la constitutionnalité d'une disposition législative en vigueur à l'occasion de la contestation d'une élection législative ou sénatoriale, alors que le législateur organique de 2009 avait réservé la possibilité de poser une QPC devant les juridictions qui relèvent du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ainsi que devant

³⁵⁰ Cass. crim., n° 10-90.111

³⁵¹ SA *Genefin*, n° 317086.

³⁵² Souligné par nous.

ces cours suprêmes elles-mêmes. Il aurait sans doute été souhaitable que le législateur organique prévoit lui-même les conditions dans lesquelles il est possible de poser une QPC directement au Conseil constitutionnel en tant que juge électoral, dès lors qu'il semblait favorable à l'admissibilité d'une telle QPC. L'insécurité juridique liée à toute création de droit par la voie jurisprudentielle aurait été évitée.

§ 2 : L'articulation des contrôles *a priori* et *a posteriori*

244. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* présente assurément des spécificités par rapport au contrôle *a priori* des lois. Tout d'abord, il s'agit d'un contrôle ouvert en ce sens que tout justiciable peut poser une QPC qui pourra le cas échéant être soumise au Conseil constitutionnel. Ensuite, il s'agit d'un contrôle axé sur la protection des droits et libertés fondamentaux ; son champ d'application est ainsi plus restreint que celui du contrôle *a priori* qui peut aussi servir à contrôler le respect de la procédure législative autant que les frontières des domaines de la loi et du règlement, au titre de l'incompétence négative. Enfin, l'article 62, alinéa 2, de la Constitution a donné au Conseil constitutionnel d'importants pouvoirs de modulation des effets dans le temps de ses décisions lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61-I de la Constitution, alors que la Constitution est muette au sujet de l'existence de ces pouvoirs lorsque le Conseil constitutionnel statue *a priori* sur la constitutionnalité des lois³⁵³.

245. Il n'en reste pas moins que « le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* demeure fortement marqué par l'héritage du contrôle *a priori* »³⁵⁴ (A). Inversement, la QPC a des répercussions sur les modalités d'exercice du contrôle *a priori* (B).

A - L'influence du contrôle a priori sur le contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois

246. Le principal legs du contrôle *a priori* au contrôle *a posteriori* est son caractère abstrait. Le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois est par hypothèse un contrôle abstrait : la loi n'a pas encore été appliquée ; elle est confrontée à la Constitution en tant que norme. Au contraire, le contrôle de constitutionnalité instauré en 2008 pourrait être un contrôle concret : il s'agit de contrôler une disposition législative en vigueur, en tant qu'elle est applicable à une instance en

³⁵³ Sur la question de la modulation des effets dans le temps de ses décisions DC, en l'absence de toute habilitation constitutionnelle, v. *supra* §§ 192 ss.

³⁵⁴ Christine Maugué, "La QPC : 5 ans déjà et toujours aucune prescription en vue", *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, avril 2015, n° 47, p. 18.

cours³⁵⁵ ; il est donc parfaitement possible de tenir compte des faits de l'affaire à l'occasion de laquelle la QPC a été soulevée pour apprécier la conformité de la loi à la Constitution. Le Conseil constitutionnel a cependant choisi d'exercer un contrôle abstrait lorsqu'il examine la conformité d'une loi à la Constitution à l'occasion d'une QPC. Le choix d'exercer un contrôle abstrait dans le cadre du contentieux QPC repose sur de sérieux arguments d'opportunité (1). Il n'en reste pas moins qu'il peut conduire le Conseil à rendre des décisions pouvant laisser aux justiciables un sentiment d'injustice (2).

I. L'alignement du contrôle exercé dans le contentieux QPC sur celui exercé dans le cadre du contrôle *a priori*

247. Le choix du Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle abstrait dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois semble tout d'abord dicté par le choix de respecter la volonté du législateur organique. En effet, l'article 23-1 de l'ordonnance organique de 1958 modifiée prévoit que, devant les juges du filtre, « le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé ». L'exigence d'un écrit distinct s'inscrit avant tout dans la logique du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité : il convient en effet que ne puissent être invoqués des moyens mêlés de constitutionnalité et de conventionnalité alors que les deux questions sont procéduralement et au fond distinctes ; la QPC ne peut ainsi être un moyen d'illégalité comme un autre présenté devant le juge ordinaire³⁵⁶. Il n'en reste pas moins que l'exigence d'un écrit distinct révèle également la volonté du législateur organique de déconnecter la question de constitutionnalité posée au Conseil constitutionnel du cas concret à l'occasion duquel elle a été posée. Autrement dit, la logique dite du « corridor-QPC »³⁵⁷, en ce qu'elle empêche le Conseil constitutionnel de connaître précisément les faits de l'affaire à l'occasion de laquelle une QPC a été posée, révèle que le législateur

³⁵⁵ Plus précisément, l'article 61-1 C précise qu'une QPC peut être soulevée à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction et l'article 23-2 de l'ordonnance organique de 1958 modifiée précise, pour qu'une QPC franchisse le filtre, qu'elle doit être dirigée contre une disposition législative « applicable au litige ou à la procédure ou [qui] constitue le fondement des poursuites ».

³⁵⁶ Dans une telle hypothèse, le Conseil d'État déclare son incompétence pour connaître, au contentieux, de la constitutionnalité des dispositions législatives contestées ; autrement dit, il continue d'opposer au requérant l'écran législatif (CE 27 avril 2011, *Mme A et l'Association "Je ne parlerai qu'en présence de mon avocat"*, n° 339398).

³⁵⁷ Xavier Domino et Aurélie Bretonneau, "QPC : deux ans, l'âge de raison ?", *AJDA* 2012.423.

organique a souhaité que le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contentieux constitutionnel *a posteriori* soit abstrait.

248. Le choix du Conseil constitutionnel de refuser de concrétiser son contrôle dans le cadre du contentieux QPC repose par ailleurs sur sa volonté d'aligner les deux contrôles qu'il exerce, *a priori* et *a posteriori*³⁵⁸. De ce point de vue, l'opportunité de son choix est parfaitement illustrée par les affaires précédemment évoquées relatives à la présidence des juridictions pour mineurs³⁵⁹. Le Conseil avait en effet dû se prononcer à seulement quelques jours d'intervalle, dans une décision QPC³⁶⁰, puis dans une décision DC³⁶¹, sur la conformité à la Constitution de la présidence d'une juridiction pour mineur par le juge des enfants qui avait instruit l'affaire. Au terme d'un contrôle abstrait dans les deux décisions, il a considéré que cette présidence viole le principe d'impartialité. Il a déjà été montré que dans le cadre d'un contrôle concret, il aurait été possible de conclure à la conformité au principe d'impartialité de la présidence d'une juridiction pour mineur par le magistrat qui a instruit l'affaire³⁶². Ainsi, si dans le cadre de la décision QPC le Conseil constitutionnel avait accepté de concrétiser son contrôle, il aurait pu rendre, à moins d'un mois d'écart, deux décisions paraissant incohérentes, voire contradictoires, sur le fond.

249. Quoi que justifié à maints égards, le choix du Conseil de n'exercer qu'un contrôle abstrait dans le cadre du contentieux QPC peut néanmoins conduire à se poser la question d'une incomplétude du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France.

2. L'incomplétude du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en raison de son alignement sur le contentieux DC ?

250. Le caractère abstrait du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contentieux QPC peut laisser penser à une incomplétude du système français du contrôle de constitutionnalité des lois dans la mesure où, au terme d'un contrôle de telle nature, le Conseil a parfois été amené à reconnaître la conformité à la Constitution de dispositions législatives déjà entrées en vigueur, dont il semblait pourtant considérer qu'elles pouvaient apparaître inconstitutionnelles.

³⁵⁸ C'est ce qu'indique le commentaire officiel de la décision n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011.

³⁵⁹ V. *supra*, §§ 67 ss.

³⁶⁰ Décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011.

³⁶¹ Décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011.

³⁶² C'est ce qu'a considéré la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Nortier c/ Pays-Bas* du 24 août 1993 ; pour plus de précisions à ce sujet, v. *supra* §§ 67 ss.

251. Ainsi et par exemple, dans la décision n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011³⁶³, le Conseil a considéré conforme au principe d'égalité le 2° de l'article L. 821-2 du code de la sécurité sociale (CSS). Or, pour apprécier si la disposition critiquée constituait une discrimination inconstitutionnelle, le Conseil a refusé de l'envisager de manière concrète, au regard des effets qu'elle a pu produire. Il s'est contenté de la considérer abstraitement ce qui l'a conduit à adopter une solution qui peut paraître inéquitable. En effet, la disposition critiquée conditionnait la perception de l'allocation aux adultes handicapés (AAH) pour les personnes atteintes d'une incapacité permanente comprise entre 50 % et 79 %. L'une des conditions était l'écoulement d'un certain délai à partir de la dernière activité professionnelle ; ce délai avait été fixé à un an par un décret du 29 juin 2005, codifié à l'article D. 821-1 CSS. Cette condition avait été adoptée en 2004 pour permettre de mieux apprécier l'existence d'une restriction de l'accès à l'emploi pour une personne handicapée ; elle reposait sur le postulat selon lequel moins une personne a exercé un emploi récemment, plus son handicap peut être considéré comme restreignant son accès à l'emploi. Elle a cependant eu des effets contreproductifs. L'objectif du législateur lorsqu'il a instauré l'AAH et fixé ses conditions d'obtention était notamment d'inciter les personnes handicapées à reprendre un emploi ; or, le fait d'occuper un emploi empêchait les personnes concernées de percevoir l'AAH pendant un an. Elles étaient ainsi pénalisées par rapport à celles qui n'avaient pas occupé d'emploi. Au final, le dispositif n'encourageait pas au travail, tout du moins pour des raisons strictement financières. Le législateur en a eu conscience et a supprimé la condition litigieuse dans la loi de finances pour 2009³⁶⁴.

252. Confronté à cette disposition que le législateur a donc jugée inopportune, le Conseil constitutionnel a reconnu sa conformité à la Constitution car, considérée abstraitement, elle répond à un « critère qui n'est pas manifestement inapproprié au but poursuivi »³⁶⁵. Dans le cadre d'un contrôle concret, il aurait été possible de considérer que la condition fixée par le législateur n'était pas en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit puisqu'elle a finalement pu décourager les personnes handicapées d'occuper un emploi ; c'est la thèse que soutenait le requérant dont le commentaire officiel de la décision précise qu'elle reposait sur des arguments

³⁶³ **"Le refus par le Conseil constitutionnel de sanctionner, dans le cadre d'une QPC, les lois qui se sont révélées inopportunes", *Constitutions 2011*, p. 319.**

³⁶⁴ Cette suppression était sans effet sur la recevabilité de la QPC, selon une jurisprudence bien établie (décision n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010).

³⁶⁵ Cons. 4 *in fine*.

sérieux. Mais c'est le raisonnement que le Conseil refuse de tenir tout d'abord car il ne dispose pas d'un pouvoir de décision identique à celui du Parlement et ensuite car il refuse d'exercer un contrôle de nature différente dans le cadre d'une décision QPC de celui qu'il exerce dans le cadre d'une décision DC³⁶⁶.

253. Cette affaire fait ainsi apparaître le caractère parfois insatisfaisant de la protection accordée aux droits et libertés constitutionnels dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois. Elle conduit alors nécessairement à s'interroger sur l'intérêt, dans certaines hypothèses, de poser une QPC au lieu de soulever le moyen d'inconventionnalité de la loi. En effet, dans les hypothèses où est en jeu un droit ou une liberté qui dispose d'une portée constitutionnelle et d'une portée conventionnelle équivalentes, le contrôle concret exercé par le juge ordinaire au titre du contrôle de conventionnalité peut apporter plus de garanties au justiciable, que l'examen de la constitutionnalité de la loi. Certes, les effets du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité sont différents dès lors que le premier ne peut conduire le juge qu'à ne pas appliquer la disposition législative inconventionnelle au cas d'espèce alors que le second permet d'obtenir l'abrogation de la loi. Mais il importe peu dans certains cas à un justiciable de voir la loi disparaître *erga omnes* dès lors qu'il a la garantie qu'elle ne s'appliquera pas à sa situation personnelle.

254. En conclusion sur ce point, il convient de remarquer que l'incomplétude du contentieux de la QPC en raison du caractère abstrait du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel doit être envisagée en lien avec le fait que le recours au contrôle de conventionnalité présente encore un autre avantage par rapport au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. L'expérience a en effet montré que le recours à la Convention européenne des droits de l'Homme peut servir à écarter l'application d'une disposition législative qui a été déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel mais dont les effets dans le passé restent intacts. En d'autres termes, le recours à la Convention européenne des droits de l'homme peut permettre d'écarter une disposition législative déclarée inconstitutionnelle pour la période non couverte par l'abrogation. Ainsi et par exemple, dans une décision du 16 janvier 2013³⁶⁷, le Conseil d'État a tiré les conséquences de l'abrogation pour l'avenir des dispositions législatives relatives à la cristallisation des pensions prononcée dans la décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010

³⁶⁶ Le commentaire officiel de cette décision révèle pourtant que le Conseil constitutionnel est loin d'ignorer les effets concrets que la disposition législative a eus.

³⁶⁷ Req. n° 337662.

et, pour la période antérieure non concernée par l'abrogation, il a écarté l'application de la disposition législative dont il s'agit au regard de sa contrariété avec les exigences de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Au final, lorsque le Conseil constitutionnel module les effets dans le temps de ses décisions d'inconstitutionnalité dans le cadre du contentieux QPC, et plus précisément lorsqu'il reporte dans le temps l'abrogation d'une disposition législative comme l'article 62, il doit opérer une balance entre le respect du législateur à qui il doit laisser un temps de réflexion pour refaire une loi qu'il a abrogée, la nécessité de préserver la sécurité juridique en ne créant pas de vide juridique et le souci de ne pas se faire doubler par le contrôle de conventionnalité³⁶⁸.

255. Si le Conseil constitutionnel a témoigné de sa volonté d'aligner le contentieux QPC sur le contentieux DC, il convient également de noter que le contentieux de la QPC a un impact récursif sur le contentieux DC.

B - L'impact récursif du contrôle de constitutionnalité a posteriori sur le contrôle a priori de la constitutionnalité des lois

256. Comme l'affirme Christine Maugué, la QPC a assurément une répercussion sur les modalités d'exercice du contrôle *a priori*³⁶⁹. Elle donne deux exemples de cet impact récursif du contentieux QPC sur le contentieux DC. Premièrement, il apparaît que, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a cessé de déclarer conforme à la Constitution, dans le dispositif de ses décisions, les dispositions contre lesquelles seul un grief tenant à la procédure législative était soulevé³⁷⁰. Il réserve ainsi la possibilité de diriger une QPC contre ces dispositions. Deuxièmement et toujours pour préserver la possibilité de diriger des QPC contre la loi déférée à son contrôle dans le cadre du contentieux DC, le Conseil a fait évoluer sa jurisprudence sur les saisines blanches. En effet, en présence d'une saisine blanche, le Conseil constitutionnel avait pour habitude de prononcer, dans le dispositif de sa décision, l'éventuelle inconstitutionnalité de certains articles de la loi et la conformité à la Constitution de

³⁶⁸ "Les interactions des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois dans la protection des droits fondamentaux", *in Droit international et démocratie*, Anne-Laure Cassard-Valembos et Fanny Malhière (dir.), actes de la journée d'études organisée à Dijon le 20 septembre 2013, dans le cadre des journées d'études décentralisées de l'Association française de droit constitutionnel, éd. Eska, 2015, p. 78.

³⁶⁹ "La QPC : 5 ans déjà et toujours aucune prescription en vue", *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, avril 2015, n° 47, p. 18.

³⁷⁰ V. par exemple la décision n° 2012-654 DC du 9 août 2012.

l'ensemble du reste de cette loi. Dès lors qu'il n'est pas possible de diriger une QPC contre une disposition législative ayant été déclarée conforme à la constitution « dans les motifs et le dispositif »³⁷¹ d'une décision du Conseil, une saisine blanche apparaissait comme une technique pouvant être utilisée par les autorités de saisines prévues par l'article 61, alinéa 2, de la Constitution pour empêcher tout justiciable de contester une loi sur le fondement de l'article 61-1 C. Cependant, dans la décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a précisé l'application de l'article 23-2 de l'ordonnance organique de 1958 modifiée relative au Conseil constitutionnel en considérant que ne peuvent faire l'objet d'une QPC les dispositions législatives qui ont été spécialement examinées dans les motifs et déclarées conformes dans le dispositif³⁷². Ainsi, grâce à la notion d'« examen spécial », le Conseil constitutionnel préserve le droit de tout justiciable à poser une QPC contre une disposition pourtant déclarée conforme à la Constitution dans le dispositif de l'une de ses décisions, mais dont l'analyse des motifs révèle qu'elle n'a pas été spécialement examinée. Ainsi et par exemple, à l'occasion de l'examen de la loi relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA pour 2016, qui a fait l'objet d'une saisine non motivée, le Conseil a précisé qu'il n'y a pas lieu pour lui « d'examiner spécialement ces dispositions d'office »³⁷³. La QPC a ainsi fait évoluer la notion de dispositif des décisions DC du Conseil constitutionnel : alors que le dispositif pouvait auparavant être considéré comme un brevet de constitutionnalité attribué aux lois en attente de promulgation, il devient une simple autorisation de promulgation³⁷⁴.

257. Il est par ailleurs possible de constater que la QPC a un effet boomerang sur le contrôle *a priori* dans la mesure où le Conseil constitutionnel a expérimenté certaines techniques dans le cadre du contrôle *a priori* et les a transposées dans le contentieux DC. Ainsi en est-il de l'application du changement des circonstances qui lui permet, dans le contentieux QPC, de contrôler une disposition législative qu'il a pourtant déjà reconnue conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de l'une de ses décisions. En effet, dans la décision n° 2015-712 DC du 11 juin 2015, à l'occasion de l'examen d'une résolution modifiant le règlement du Sénat, le Conseil

³⁷¹ Selon l'article 23-2 de l'ordonnance organique de 1958 modifiée relative au Conseil constitutionnel.

³⁷² Cons. 4.

³⁷³ Cons. 3 de la décision n° 2011-630 DC du 26 mai 2011 (v. le commentaire de cette décision dans la rubrique "Acteurs du contentieux", LPA 2012, n° 153, pp. 7 et 8).

³⁷⁴ Anne-Charlène Bezzina et Michel Verpeaux, "Carton rouge pour les saisines blanches", *JCP G.* 2011.35, n° 912, p. 1497.

constitutionnel s'est saisi d'office de l'article 32 de ce règlement³⁷⁵, qui n'était pourtant pas modifié par la résolution contrôlée. Il a en effet considéré qu'il pouvait, à l'occasion de l'examen d'une résolution modifiant le règlement d'une assemblée, procéder à un nouvel examen de dispositions de ce règlement pourtant déjà contrôlées, dès lors qu'un changement de circonstances le justifie. En l'espèce, le Conseil constitutionnel avait eu l'occasion de juger qu'une modification du règlement de l'Assemblée nationale devait faire l'objet d'une réserve d'interprétation pour être conforme à une exigence introduite dans la Constitution par la révision du 23 juillet 2008³⁷⁶. Constatant qu'une disposition du règlement du Sénat adoptée avant 2008 pouvait avoir le même effet que celle de l'Assemblée nationale reconnue conforme sous réserve, le Conseil constitutionnel a émis à son sujet la même réserve d'interprétation. Ainsi, il a utilisé la notion de « changement des circonstances » propre au contentieux de la QPC pour contrôler à nouveau, dans le cadre du contentieux DC, une disposition qu'il avait déjà déclarée conforme à la Constitution.

258. La jurisprudence dite “*état d'urgence en Nouvelle-Calédonie*” témoigne de manière plus contrastée de l'impact récuratif de la QPC : d'un côté, l'instauration du contrôle *a posteriori* n'a pas conduit le Conseil à assouplir les conditions dans lesquelles il accepte de contrôler une loi déjà promulguée lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution ; d'un autre côté, il a accepté d'utiliser, dans le cadre de cette jurisprudence, des pouvoirs qui ne lui ont été reconnus par la Constitution que dans le cadre du contentieux QPC.

259. Ainsi et tout d'abord, dans la décision n° 2009-591 DC du 22 octobre 2009, le Conseil a appliqué strictement sa jurisprudence “néocalédonienne” qui lui permet de contrôler les dispositions d'une loi promulguée à l'occasion du contrôle d'une loi qui la modifie, la complète ou affecte son domaine³⁷⁷. En effet, il a refusé de contrôler certaines dispositions de la loi du 13 août 2004, dans la mesure où elles n'étaient ni modifiées, ni complétées, ni affectées par la loi soumise à son examen, mais seulement, pour certaines, abrogées par elle. Ainsi, alors même qu'à la date de cette décision avait été consacré en France le principe d'un contrôle *a posteriori* des lois par le Conseil lui-même (article 61-I de la Constitution issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008), celui-ci a montré qu'il n'entendait pas étendre les cas où il accepte, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 C et par exception, d'examiner les dispositions d'une loi déjà promulguée. Il a ainsi marqué une distinction nette entre

³⁷⁵ Cons. 49 à 52.

³⁷⁶ Décision n° 2014-705 DC du 11 décembre 2014, cons. 21.

³⁷⁷ Cons. const. 25 janvier 1985, déc. n° 85-187 DC.

le contrôle qu'il exerce dans le cadre de l'article 61 C et celui qu'il était amené à effectuer dans le cadre de l'article 61-I C.

260. Mais ensuite, le Conseil constitutionnel a pris l'initiative de faire évoluer le contrôle qu'il effectue sur le fondement de l'article 61 C en application de sa jurisprudence "*état d'urgence en Nouvelle-Calédonie*" pour l'aligner sur le contrôle qu'il effectue sur le fondement de l'article 61-I C. La décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013³⁷⁸ témoigne notamment de cet alignement : alors qu'il contrôlait des dispositions législatives en vigueur à l'occasion du contrôle d'une loi en attente de promulgation, le Conseil constitutionnel a utilisé les pouvoirs de modulation dans le temps de l'effet de ses déclarations d'inconstitutionnalité que le constituant lui a reconnu explicitement uniquement lorsqu'il se prononce sur le fondement de l'article 61-I C, pour déterminer les effets de sa décision sur la loi en vigueur, et non simplement sur la loi contrôlée comme il le fait d'ailleurs à l'occasion en dehors de toute habilitation textuelle³⁷⁹. L'évolution par rapport à la première application positive de la jurisprudence "néocalédonienne"³⁸⁰ est manifeste : c'est dans le dispositif de sa décision – et non dans le commentaire officiel qui lui est joint³⁸¹ – que le Conseil règle les effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité.

261. Le fait que le contrôle des lois promulguées, qu'il s'opère sur le fondement de l'article 61 ou sur celui de l'article 61-I C, s'exerce dans des conditions et des formes qui se ressemblent de plus en plus apparaît certainement opportun, mais certaines incertitudes subsistent tout de même à propos des effets des déclarations d'inconstitutionnalité des dispositions législatives promulguées lorsque le Conseil constitutionnel est saisi sur le fondement de l'article 61 C³⁸², incertitudes dont il n'est

³⁷⁸ "**L'utilisation renouvelée de la jurisprudence "État d'urgence en Nouvelle-Calédonie" au profit de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre**", **commentaire de la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 du Conseil constitutionnel, Constitutions 2013.400.**

³⁷⁹ À ce sujet, v. *supra* § 192.

³⁸⁰ C'est dans la décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 (cons. 39 à 42) que le Conseil constitutionnel a pour la première fois déclaré l'inconstitutionnalité d'une disposition législative en vigueur à l'occasion du contrôle d'une loi qui la modifiait, la complétait ou affectait son domaine.

³⁸¹ Dans le commentaire de la décision n° 99-410 DC (AJDA 1999.324), le secrétaire général du Conseil constitutionnel de l'époque avait précisé qu'il appartenait aux juges du fond d'écarter la disposition législative en vigueur déclarée inconstitutionnelle en application de la jurisprudence "néocalédonienne", mais également de déterminer les effets, pour l'avenir comme pour le passé de cette déclaration d'inconstitutionnalité.

³⁸² En ce sens, v. Bruno 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, pp. 4 et 7.

pas sûr qu'elles existeraient si le Conseil se prononçait sur le fondement de l'article 61-I C. Plus précisément, le Conseil n'a pas parfaitement aligné sa jurisprudence "néocalédonienne" sur la procédure QPC, si bien qu'il est possible de penser qu'une décision QPC peut mieux régler la question des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité qu'une décision rendue sur le fondement de l'article 61 C appliquant la jurisprudence "*état d'urgence en Nouvelle-Calédonie*". La décision n° 2013-672 DC l'illustre. Sans qu'il paraisse nécessaire ici de rentrer dans le détail du commentaire de cette décision³⁸³, il convient juste de remarquer que, lorsqu'il se prononce sur une QPC, le Conseil a posé le principe que la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à son auteur³⁸⁴. Le Conseil constitutionnel doit ainsi nécessairement régler la question des effets de l'inconstitutionnalité qu'il prononce pour les personnes directement concernées, soit pour décider de les faire bénéficier des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, soit pour les en exclure, par exception. Or, lorsqu'il se prononce dans le cadre du contrôle *a priori* à propos de la constitutionnalité d'une disposition législative en vigueur, le Conseil ne s'est pas lié par l'obligation de préciser les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité pour tous ceux qui peuvent être concernés. En d'autres termes, une décision QPC oblige le Conseil à préciser les effets de ses déclarations d'inconstitutionnalité pour les personnes particulièrement concernées puisque la disposition législative en cause leur est, par hypothèse, applicable dans une instance en cours, alors qu'une déclaration d'inconstitutionnalité en application de la jurisprudence "néocalédonienne" produit des effets plus généraux, car déconnectés d'une instance en cours, et donc potentiellement plus incertains. Il conviendrait ainsi que le Conseil précise mieux les effets des déclarations d'inconstitutionnalité de dispositions législatives en vigueur prononcées lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 C de sorte que la QPC et la jurisprudence "néocalédonienne" apparaissent bien comme deux voies de droit permettant de contrôler la constitutionnalité des lois promulguées de manière complémentaire.

262. En conclusion, le contentieux *a posteriori* a certainement un impact insidieux sur le contentieux *a priori* en ce sens que les membres du Conseil constitutionnel et de ses services ressentent avec de plus en plus de gêne le caractère finalement encore frustré de la procédure contentieuse dans le cadre du contentieux

³⁸³ Pour plus de précisions au sujet de cette décision, v. "**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.

³⁸⁴ Décisions n° 2010-108 et 2010-110 QPC du 25 mars 2011 (cons. 5 et 8 respectivement).

DC, depuis qu'ils ont expérimenté le contentieux QPC. En effet, un certain nombre de caractéristiques de la procédure de la QPC, telles l'approfondissement du contradictoire ou la recevabilité des observations en interventions, rendent insatisfaisantes la procédure contentieuse *a priori*³⁸⁵ et donnent des velléités d'évolution de cette procédure aux membres du Conseil constitutionnel. Le récent renouvellement partiel des membres du Conseil constitutionnel³⁸⁶ pourrait conduire à des évolutions de la jurisprudence et/ou du fonctionnement du Conseil constitutionnel. S'agissant de ce dernier, il est possible d'imaginer qu'un nouveau président du Conseil pourrait avoir la volonté de marquer son empreinte sur cette institution en initiant une réforme qui aurait pour objet d'approfondir le contradictoire et la transparence dans le cadre du contentieux DC, pour mieux l'aligner, *mutatis mutandis*, sur le contentieux de la QPC.

³⁸⁵ C'est ce qu'il ressort des entretiens avec différents membres ou collaborateurs du Conseil constitutionnel, qui ont été réalisés dans le courant de l'année 2015 et de l'année 2016 en collaboration avec Fanny Malhière, dans le cadre du projet de recherche consacré à l'élaboration des décisions de justice constitutionnelle. Pour plus de précisions à ce sujet, v. *supra* note de bas de page n° 242.

³⁸⁶ Le 18 février 2016, Corinne Luquiens et Michel Pinault ont été nommés membres du Conseil constitutionnel, respectivement par le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat, puis le 19 février 2016, Laurent Fabius a été nommé membre et Président du Conseil constitutionnel par le Président de la République.