

Le recours à l'incompétence négative du législateur
dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la loi :
une construction inachevée.

La jurisprudence relative à l'incompétence négative du législateur est sans aucun doute l'exemple le plus probant de la façon dont le Conseil constitutionnel utilise les exigences relevant de la liberté des Anciens pour protéger *in fine* les composantes de la liberté des Modernes¹. La formulation même des considérants de principe met en exergue le lien entre le plein exercice de sa compétence par la représentation démocratique et la préservation des libertés individuelles : seule la volonté générale a légitimité à s'ingérer dans la sphère civile et privée, de manière à ce que les destinataires de la norme puissent en être considérés comme les auteurs, au moins indirects. L'article 34 n'est pas une simple norme de procédure : il porte en lui la substance démocratique. De ce fait, le juge constitutionnel le combine à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui, tout en affirmant les droits imprescriptibles de l'individu, fait une large place à la Loi, expression de la volonté générale : dans la décision n°98-399 DC, le principe de légalité des délits et des peines de l'article 8 implique l'intervention pleine et entière du législateur² pour éviter aux justiciables tout risque

¹ Les notions de liberté des Anciens et de liberté des Modernes sont issues de l'œuvre de Benjamin Constant, et notamment de son discours prononcé à l'Athénée royal en 1819 : De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes. La liberté des Anciens est celle qui prévalait dans la Grèce antique, c'est le droit des citoyens de participer à la vie politique de la Nation et, actualisée, la légitimité de l'intervention de la représentation nationale dans la sphère civile et privée. La liberté des Modernes supposerait à l'inverse la préservation d'un pré carré de l'individu dans lequel il doit être laissé tranquille. Elle implique donc ce qu'on appelle « les libertés négatives », quoique le terme puisse faire l'objet de discussions à propos de l'œuvre de l'auteur suisse. En effet, les droits-libertés de la liberté des Modernes sont la condition d'un exercice sincère de la liberté des Anciens en démocratie libérale. La problématique de la thèse a pour objet de démontrer que le Conseil constitutionnel utilise les exigences relevant de la liberté des Anciens (procédure législative et budgétaire, débat démocratique sincère, plein exercice de sa compétence par la représentation démocratique...) pour protéger *in fine* les droits relevant de la liberté des Modernes (intelligibilité et clarté de la loi, sécurité juridique, garanties légales des droits et libertés constitutionnels...); Benjamin CONSTANT, *Ecrits politiques*, Textes choisis, présentés et annotés par Marcel Gauchet, Editions Gallimard, 2004.

² Décision n°98-399 DC du 5 mai 1998, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, JO du 12 mai 1998, p. 7092 : Cons. 7 : « il résulte de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de la légalité des délits et des peines posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la nécessité pour le législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale, de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et d'exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, et de fixer dans les mêmes conditions le champ d'application des immunités qu'il instaure ».

d'arbitraire et dans la décision n°2005-512 DC³, les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration et l'article 34 de la Constitution imposent au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, 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 »⁴.

Au lendemain de la décision du 16 juillet 1971 et de la révision constitutionnelle de 1974, on avait pu croire que le rôle du Conseil constitutionnel était désormais celui de gardien en dernier ressort des droits de l'individu contre l'omnipotence parlementaire et la volonté de la majorité qui, selon Benjamin Constant, peut être aussi despote que l'autocrate⁵. Il n'en est rien. Conscient de sa faible légitimité démocratique, toujours remise en cause, le Conseil constitutionnel s'est attaché à rappeler à la représentation nationale sa dignité première à intervenir dans la liberté des Modernes. C'est parce que les représentants sont les élus du peuple souverain, et donc des citoyens, qu'ils doivent exercer pleinement leur compétence et édicter une volonté générale qui ne peut être que le fruit d'un débat démocratique sincère.

Le grief de l'incompétence négative du législateur n'est qu'un exemple parmi d'autres de la manière rhétorique dont le Conseil, plutôt que de s'ériger en garant de l'Etat de droit « contre le principe démocratique », des droits de la minorité contre la volonté de la majorité, préfère fonder son argumentation sur des questions procédurales qui permettent d'échapper au contrôle du contenu de la loi votée pour se pencher sur la question de savoir si la volonté qui émane du Parlement mérite bien la qualification de volonté générale, c'est-à-dire qu'elle est le fruit d'un débat véritablement démocratique. Le juge constitutionnel préférera souvent censurer sur des points de procédure, en évitant ainsi de dire que la volonté générale elle-même est venue porter atteinte aux libertés individuelles, et arguer qu'il ne peut en réalité s'agir de la volonté générale. C'est d'ailleurs bien l'objet du considérant de principe selon lequel « la loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁶. La volonté générale est insusceptible de porter atteinte au Contrat social, en revanche, le respect de celui-ci est la condition *sine qua non* pour que la volonté de ceux qui ne sont que représentants soit qualifiée de générale, c'est-à-dire ait légitimité à s'ingérer dans la liberté des Modernes.

Le Conseil tente ainsi d'échapper à l'accusation de « gouvernement des juges », critique fondée sur l'absence de légitimité électorale des « neuf sages ». La théorie de l'aiguilleur s'exprime ainsi à différents échelons de la pyramide. Plus la norme est susceptible

³ Décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, Recueil, p. 72, JO du 24 avril 2005, p. 7173.

⁴ Cons. 9.

⁵ Benjamin CONSTANT, *Op. Cit.*, p. 311 : « Lorsqu'on établit que la souveraineté du peuple est illimitée, on crée et l'on jette au hasard dans la société humaine un degré de pouvoir trop grand par lui-même, et qui est un mal, en quelques mains qu'on le place. Confiez-le à un seul, à plusieurs, à tous, vous le trouverez également un mal. »

⁶ Décision n°85-197 DC du 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, JO du 24 août 1985, p. 9814, Cons. 27.

de porter atteinte aux droits relevant de la liberté des Modernes, plus la légitimité démocratique de la norme, relevant de la liberté des Anciens, doit être forte. C'est pourquoi le législateur ne peut déléguer sa compétence au pouvoir réglementaire ni aux autorités juridictionnelles, dépourvus de légitimité démocratique. Ainsi, conformément aux postulats de la démocratie libérale, la forme rejoint le fond, la procédure contient la substance, et le Conseil constitutionnel ne fait qu'exiger que les atteintes aux droits des individus soient expressément décidées par leurs représentants.

Dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi, le juge constitutionnel évite de censurer le contenu de la disposition mais se contente de « renvoyer » au Parlement la pleine définition des ingérences. Il a ainsi pris l'habitude de lier l'atteinte aux libertés substantielles des individus avec l'article 34 de la Constitution. *A priori* donc, la formule est habile et la moins attentatoire à la susceptibilité parlementaire. Le bilan « coût-avantages » est sans aucun doute positif. Mais le 18 juin 2010⁷, le Conseil constitutionnel accepte de se pencher sur le grief de l'incompétence négative du législateur dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Or, cette décision est rendue dans l'exercice d'une compétence confiée au Conseil par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 dont l'objet même, en prévoyant le contrôle de constitutionnalité des lois promulguées, impliquait un constat : la loi, expression de la volonté générale (puisque promulguée), peut porter atteinte à des droits et libertés que la Constitution garantit, et le Conseil constitutionnel est de ce fait érigé en garant des droits des individus contre les ingérences de l'Etat. Il ne s'agissait plus de prétendre à une simple garantie de la pyramide. La substance était explicitement comprise dans le nouvel article 61-1 de la Constitution : les droits et libertés que la Constitution garantit. Dès lors, on peut s'interroger sur la pertinence du recours à l'incompétence négative dans le contrôle *a posteriori*. Le Conseil n'avait plus besoin de « cacher » une censure du contenu de la norme derrière une question de compétence dans la mesure où le pouvoir constituant, démocratique s'il en est, reconnaissait son rôle de garant des droits fondamentaux. D'ailleurs, il faut constater que le juge constitutionnel lui-même ne paraît pas tout à fait « à son aise » dans l'usage de cet outil *a posteriori*.

Alors que dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi, l'incompétence négative du législateur était utilisée en support de la protection des libertés individuelles et permettait ainsi au Conseil de censurer non parce que la loi aurait directement porté atteinte aux droits individuels mais parce que la représentation démocratique aurait insuffisamment exercé sa compétence, c'est-à-dire son pouvoir, dans le contrôle *a posteriori*, la difficulté pour le juge est résolument inverse. Il s'agit désormais de justifier par la référence à un droit ou une liberté constitutionnellement garanti l'éventuelle censure d'une loi qui ne répond pas aux exigences de l'article 34 de la Constitution. Ainsi, le grief de l'incompétence négative ne peut être invoqué que si est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit, alors qu'il

⁷ Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC KIMBERLY CLARK [Incompétence négative en matière fiscale], JO du 19 juin 2010, p. 11149.

semble parfois que le Conseil souhaiterait avoir le pouvoir de censurer en cas d'incompétence négative seule, pour garantir le caractère démocratique de la norme.

En réalité, le Conseil semble s'être familiarisé avec cet outil jurisprudentiel et en avoir réalisé toutes les potentialités, notamment au regard des exigences démocratiques. L'intérêt en matière de liberté des Modernes – protection des droits individuels et surtout sécurité juridique – se combine avec les exigences relevant de la liberté des Anciens – caractère démocratique de la norme. Et aujourd'hui, le Conseil réalise qu'il est tout aussi attaché à celui-là qu'à celles-ci. Le double mouvement mérite analyse car il est susceptible de nourrir la réflexion sur l'avenir de cet instrument dans le cadre du contrôle *a posteriori*.

Dans le contrôle *a priori*, l'incompétence négative du législateur est peu à peu passée du statut de fondement procédural, formel, à une question démocratique substantielle (I) : seule la représentation démocratique peut s'ingérer dans la liberté des Modernes. Lorsqu'elle le fait, elle doit le faire précisément et pleinement. Mais dans la mesure où cette règle de compétence vient garantir que les destinataires de la norme en sont au moins indirectement les auteurs, le recours à l'incompétence négative du législateur dans le cadre du contrôle *a posteriori* ne conduit-elle pas à la reconnaissance, à l'égard du justiciable, qui est implicitement citoyen, d'un droit à l'édiction démocratique de la norme qu'on veut lui appliquer ? (II)

I. Le recours à l'incompétence négative du législateur dans le contrôle *a priori* : d'une question de procédure à une question démocratique substantielle

L'article 34, en donnant pour la première fois une définition matérielle de la loi, a souvent pu être présenté comme un instrument de rabaissement du Parlement dans la rationalisation du parlementarisme. Le Conseil constitutionnel, au contraire, l'inscrit dans son travail de réhabilitation de l'institution parlementaire (A). En liant la compétence législative aux droits constitutionnels, le Conseil met pleinement en œuvre la Déclaration de 1789, qui, tout en proclamant les libertés de l'individu, n'autorise que la loi, expression de la volonté générale, à en fixer les limites (B).

A. L'article 34 de la Constitution : d'une limitation de la souveraineté parlementaire à un hommage à la dignité de la représentation nationale

En définissant de manière exhaustive les domaines de la compétence législative à l'article 34, alors que l'article 37 dispose que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire », le constituant semblait avoir établi une compétence d'exception à l'égard du Parlement. Cette interprétation a été rapidement démentie par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (1). Pour autant, force est de constater que son raisonnement est parfois ambigu : l'incompétence négative du législateur est aussi une manière de dire que, la loi ne comprenant pas les garanties que le Conseil aurait souhaité y trouver, le législateur a insuffisamment exercé sa compétence (2).

1. L'article 34 de la Constitution de 1958 : la consécration d'une compétence d'exception rapidement démentie

Dans leur analyse de la décision Blocages des prix et des revenus du 30 juillet 1982⁸, les commentateurs des Grandes décisions du Conseil constitutionnel⁹ s'attachent à rappeler les deux thèses en présence en 1958. La première, incarnée par le Général de Gaulle lui-même, a pu s'exprimer ainsi : « ...ce qui est anticonstitutionnel, c'est de laisser le Parlement se mêler de ce qui relève du domaine réglementaire »¹⁰. La seconde tendait à considérer que la Constitution offre la possibilité au pouvoir réglementaire de s'opposer à une intrusion du Parlement dans son domaine de compétence sans pour autant que la disposition législative matériellement réglementaire soit nécessairement inconstitutionnelle. C'est clairement à cette dernière que le Conseil constitutionnel donne raison par son revirement de jurisprudence de 1982 en estimant que « les députés auteurs de la saisine ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution »¹¹. On est ainsi passé d'une définition horizontale des compétences – les pouvoirs législatif et exécutif disposent de deux sphères de compétences distinctes voire étanches – à une séparation verticale des pouvoirs : le pouvoir législatif peut pénétrer dans le domaine de compétence du pouvoir réglementaire sans être inconstitutionnel, en revanche le pouvoir réglementaire ne saurait pénétrer dans le domaine de compétence du pouvoir législatif sans être par là même illégal. Ou, pour mieux dire, le Parlement peut déborder son domaine de compétence en l'absence d'opposition explicite de l'exécutif, alors que ce dernier ne peut pénétrer dans le domaine législatif en l'absence d'invitation explicite du législateur (ordonnances de l'article 38).

Cette nouvelle interprétation de la Constitution, qui abandonne une appréhension formelle des prescriptions constitutionnelles en matière de compétences, relève éminemment de l'exigence du caractère démocratique de la norme. Le Conseil d'Etat s'attachera à annuler les actes réglementaires qui pénètrent dans le domaine de la loi car celui-ci donne compétence au Parlement pour prendre les décisions les plus importantes concernant notamment les libertés publiques. En revanche, « qui peut le plus peut le moins », et le Parlement peut pénétrer dans le domaine réglementaire sans que soit mise en cause une dimension substantielle de la séparation des pouvoirs. C'est donc au pouvoir réglementaire de s'opposer à ce débordement, qu'il a souvent lui-même inscrit dans son projet de loi.

En revanche, cela ne signifie en aucun cas que le législateur soit parfaitement libre en matière de domaine de compétence et en l'absence d'opposition du Gouvernement, bien au contraire. De cette même exigence démocratique découle l'indisponibilité du domaine législatif : la réserve de loi s'impose au pouvoir réglementaire – c'est l'affaire du Conseil

⁸ Décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4, JO du 31 juillet 1982, p. 2470.

⁹ Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14^{ème} édition, 2007, p. 476-479.

¹⁰ Cité par Alain Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, Editions Gallimard, 2002, p. 461.

¹¹ Cons. 11.

d'Etat – mais aussi et surtout au Parlement lui-même – c'est ici qu'intervient le Conseil constitutionnel. C'est ce que met immédiatement en exergue Jérôme Trémeau à propos de la signification actuelle de la réserve de loi, qui « tend à devenir une norme opposable au législateur, supposant que celui-ci exerce effectivement la compétence que la Constitution lui attribue, sans qu'il puisse s'en défaire, sous peine d'inconstitutionnalité... la réserve de loi constitue une charge pour le Parlement, et non une simple faculté »¹².

La première censure de l'incompétence négative intervient le 26 janvier 1967 sur une loi organique relative au statut de la magistrature¹³, mais elle met en œuvre une incompétence négative « classique », c'est-à-dire une délégation explicite au pouvoir réglementaire. La nouveauté intervient le 20 janvier 1972 à propos d'une loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires¹⁴ : considérant « qu'aux termes de l'article 25 de la Constitution « une loi organique fixe le régime des inéligibilités et des incompatibilités » ; qu'il résulte des termes mêmes de cette disposition que la Constitution réserve à la loi organique (...) le pouvoir de déterminer, notamment, les cas d'incompatibilités, ainsi que l'autorité chargée d'exercer le contrôle de l'observation desdites prescriptions par les parlementaires et, en particulier, de statuer sur la situation des députés et des sénateurs au regard du régime des incompatibilités »¹⁵, le Conseil constitutionnel censure la disposition de l'article 4 qui « laisse à chaque assemblée parlementaire le soin de déterminer par la voie de son règlement l'autorité chargée de se prononcer sur les demandes de ses membres... »¹⁶

Déjà, on voit que l'exercice de sa compétence par le législateur, en l'occurrence organique, a valeur en soi, elle ne vaut pas qu'au regard de la liberté qui serait laissée au pouvoir réglementaire. En l'espèce, qu'ils exercent leur compétence en tant que législateur organique ou en tant que membres d'une chambre qui adopte son règlement, ce sont bien les mêmes représentants élus qui exercent la compétence. Il faut d'ailleurs constater qu'en ce qui concerne le rôle du Conseil, les règlements comme les lois organiques font l'objet d'un contrôle de constitutionnalité obligatoire et intégral. La question n'est donc pas qu'organique, elle est aussi procédurale : en 1972, il s'agissait de ne pas retourner à la souveraineté à la fois illimitée et quasi secrète des chambres de la Quatrième République dans la détermination de leur fonctionnement interne, facteur de la distanciation de la sphère politique des citoyens.

¹² Jérôme TREMEAU, *La réserve de loi, Compétence législative et Constitution*, Thèse de doctorat, Sous la direction de Louis Favoreu (Préface), Université d'Aix-Marseille, PUAM, Economica, 1997, p. 37.

¹³ Décision n°67-31 DC du 26 janvier 1967, Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, JO du 19 février 1967, p. 1793.

¹⁴ Décision n°71-46 DC du 20 janvier 1972, Loi organique modifiant certaines dispositions du Titre II de l'ordonnance n°58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires, JO du 25 janvier 1972, p. 1036.

¹⁵ Cons. 1.

¹⁶ Cons. 3.

Ce n'est toujours pas à l'égard de la marge de manœuvre qui serait laissée au pouvoir réglementaire que sera censurée la première incompétence négative¹⁷ du législateur ordinaire. La délégation inconstitutionnelle de compétence s'adressait à l'autorité judiciaire. Dans la décision n°75-56 DC du 23 juillet 1975¹⁸, la loi déferée modifiait les articles 398 et 398-1 du Code de procédure pénale en confiant au président du tribunal de grande instance la faculté, en toutes matières relevant de la compétence du tribunal correctionnel à l'exception des délits de presse, de décider s'il serait composé de trois magistrats ou d'un juge unique. Outre la rupture d'égalité devant la justice susceptible de découler d'une telle faculté, le Conseil constitutionnel soulève d'office l'incompétence négative du législateur dans un considérant de principe qui met en exergue la justification substantielle de la compétence de la représentation démocratique : « l'article 34 de la Constitution (...) s'oppose à ce que le législateur, s'agissant d'une matière aussi fondamentale que celles des droits et libertés des citoyens, confie à une autre autorité l'exercice (...) des attributions définies par les dispositions en cause... »¹⁹ Déjà, le Conseil combine une norme substantielle avec l'article 34.

Ce qui est surtout remarquable, c'est qu'il ne s'agit plus d'une simple répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire, comme cela avait pu être envisagé en 1958. Ici, l'article 37 n'est pas en cause. L'article 34 implique donc la compétence du législateur pour elle-même, c'est une affirmation en soi comme le soulignent Louis Favoreu et Loïc Philip²⁰. C'est cette valeur en elle-même de l'intervention de la représentation démocratique qu'il faut mettre en lien avec ce qui s'est révélé être un *obiter dictum* : « s'agissant d'une matière aussi fondamentale que celles des droits et libertés des citoyens ». On peut parler d'un *obiter dictum* car le Conseil n'a pas limité les censures de l'incompétence négative du législateur à la matière des droits et libertés des citoyens, pourtant, les commentateurs de l'époque pouvaient légitimement s'interroger²¹.

Jean Rivero considère ainsi que l'alinéa de l'article 34 concernant l'exercice des libertés publiques pourrait constituer « non un titre de compétence législative identique aux

¹⁷ Le terme d'« incompétence négative » sera immédiatement utilisée par Loïc Philip et Louis Favoreu dans leur chronique constitutionnelle : « C'est, en quelque sorte, un cas « d'incompétence négative » qui est ainsi sanctionné par le juge constitutionnel » ; PHILIP Loïc et FAVOREU Louis, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française, Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDJ*, 1975, p. 1319 ; de même que Jean Rivero : RIVERO Jean, « Note sous Décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1975 », *AJDA*, Janvier 1976, p. 44-47.

¹⁸ Décision n°75-56 DC du 23 juillet 1975, Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale, JO du 24 juillet 1975, p. 7533.

¹⁹ Cons. 6.

²⁰ *Op. Cit.*, « ...l'affirmation de la compétence du législateur ne se fait pas ici par opposition à celle du pouvoir réglementaire : c'est une affirmation en soi, visant à faire respecter l'attribution de compétence décidée par le constituant dans l'article 34. Le domaine de la loi ne se définit donc pas uniquement à l'égard de celui du règlement (administratif) : il se définit aussi sans référence à ce domaine... »

²¹ Claude Franck émet l'hypothèse selon laquelle *a contrario*, « les règles de partage des compétences entre le Parlement et le Gouvernement ne sont pas d'ordre public lorsqu'elles ne portent pas sur des matières concernant les « droits et libertés » » : Claude FRANCK, « Observations sous Conseil constitutionnel, 23 juillet 1975 », *Semaine juridique Edition générale*, 1975, II, 18200.

autres, mais une clef pour l'interprétation de l'ensemble du texte, la compétence législative s'entendant avec plus de rigueur chaque fois que, quelque soit le domaine dans lequel elle s'exerce, une liberté se trouve en cause »²². Voilà une véritable prédiction de la décision par laquelle le Conseil constitutionnel, trente-cinq ans plus tard, accepte de contrôler l'incompétence négative du législateur dans le cadre du contrôle *a posteriori* si est affecté *un droit ou une liberté que la Constitution garantit*.

En tout état de cause, cette jurisprudence est la mise en œuvre du principe rousseauiste selon lequel les destinataires de la norme doivent en être, au moins indirectement, les auteurs : lorsqu'un droit ou une liberté est atteint ou même concerné par une ingérence étatique, la représentation démocratique n'a pas le droit mais le devoir d'assumer pleinement ses responsabilités. Elle ne peut déléguer ni au pouvoir réglementaire, ni aux autorités juridictionnelles car elle doit donner la substance des normes qui seront mises en œuvre.

Simultanément, l'instrument de l'incompétence négative du législateur évite au Conseil de se prononcer sur le fond des dispositions qu'il contrôle²³, c'est-à-dire d'accuser l'instance parlementaire d'avoir effectivement porté atteinte aux droits et libertés, tout en faisant montre de sa déférence à l'égard de la représentation démocratique et même en réaffirmant sa seule légitimité à s'ingérer dans la liberté des Modernes. Pourtant, au vu de l'évolution de la jurisprudence, il y a lieu de s'interroger sur le caractère éminemment rhétorique de certaines décisions. Parfois, c'est parce qu'il n'a pas mis dans la loi les garanties que le Conseil aurait souhaité trouver que le législateur a insuffisamment exercé sa compétence, et ce dès le début des années 1980.

2. L'incompétence négative du législateur : un outil de « camouflage » des exigences du Conseil constitutionnel

Il est remarquable que cette jurisprudence, sous le couvert d'une grande déférence du juge constitutionnel à l'égard de la représentation démocratique, soit peut être la plus directive à l'égard du législateur. Les décisions des années 1980 sur les entreprises de presse sont un exemple probant de cette dualité.

Il est admis que les objectifs de valeur constitutionnelle, par leur nature intrinsèquement programmatique, sont des instruments qui visent moins à limiter l'intervention du législateur qu'à l'autoriser, éventuellement *contre* des principes ou droits constitutionnels, du moins en les conciliant. Ils apparaissent dans la décision du 27 juillet 1982 sur la loi sur la communication audiovisuelle²⁴, c'est-à-dire, comme il faut le relever

²² *Op. Cit.*, p. 47.

²³ Ainsi, le Conseil évite de se prononcer sur la constitutionnalité du juge unique, au moins dans le corps de la décision.

²⁴ Décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle, JO du 27 juillet 1982, p. 2422.

avec Marie-Christine Steckel, au lendemain de la première alternance²⁵ (pour en autoriser les effets²⁶). En 1982 donc, après avoir rappelé la liberté d'expression de l'article 11 de la déclaration 1789 – liberté négative des émetteurs – le Conseil constitutionnel consacre, notamment, l'objectif de valeur constitutionnelle de « la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels »²⁷ – c'est-à-dire le droit des récepteurs à la diversité de l'information, et donc celui du législateur à intervenir pour limiter les concentrations²⁸. Rapidement, le droit va se transformer en obligation par le biais de l'incompétence négative du législateur.

Dans la décision du 18 septembre 1986 sur la loi relative à la liberté de communication²⁹ en effet, le Conseil constitutionnel censure l'incompétence négative du législateur qui n'a pas prévu les normes que le Haut Conseil estime nécessaires pour garantir l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme³⁰. C'est en raison de l'insuffisance des règles de limitation des concentrations que le législateur a méconnu sa compétence. La formule est particulièrement habile dans le cadre d'une des jurisprudences les plus directives à l'égard du législateur. Dans un Etat de droit où la liberté est le principe et la loi l'exception, on conçoit aisément que le rôle du juge constitutionnel soit de maintenir la majorité dans les bornes des droits individuels. Mais ici, le Conseil ne censure pas le dépassement des limites de l'interventionnisme étatique, il exige l'action positive du législateur pour venir protéger – et c'est heureux – la liberté de communication – condition de la démocratie – qui est aussi et surtout celle des récepteurs, citoyens. Qui va évaluer l'insuffisance des garanties ? C'est bien

²⁵ Marie-Christine STECKEL, *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, Thèse sous la direction de Henry Roussillon (Préface), L.G.D.J., 2002, p. 307.

²⁶ *Op. Cit.*, p. 308 : « Le Conseil constitutionnel ne s'érige (...) pas en troisième chambre dans la mesure où le Parlement reste libre de consacrer ce droit quand il le souhaitera et de lui donner la portée qu'il voudra. Les objectifs constitutionnels ne sont pas de véritables normes puisqu'ils ne peuvent pas être sanctionnés. »

²⁷ Cons. 5.

²⁸ C'est d'ailleurs bien les objectifs de valeur constitutionnelle qui vont justifier la conformité à la Constitution des dispositions critiquées : Cons. 5 : « Considérant qu'ainsi il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte » ; Cons. 6 : « Considérant que les dispositions de la loi auxquelles il est reproché de méconnaître l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen répondent aux impératifs ci-dessus énoncés et que, dès lors, les auteurs de la saisine ne sont pas fondés à soutenir qu'elles sont contraires à la Constitution... »

²⁹ Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, JO du 19 septembre 1986, p. 11294.

³⁰ Cons. 35 : « Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi fixe les règles concernant : ... les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ; qu'en raison de l'insuffisance des règles énoncées par les articles 39 et 41 de la loi pour limiter les concentrations susceptibles de porter atteinte au pluralisme, le législateur a méconnu sa compétence au regard de l'article 34 de la Constitution ».

le juge constitutionnel. On est proche de la fameuse troisième chambre législative, toujours décriée, dans le cadre d'une rhétorique qui vise pourtant à mettre en exergue la dignité de la représentation démocratique à fixer les règles concernant l'exercice des libertés publiques.

Le raisonnement continue pourtant de reposer sur la liberté des Anciens, qui en démocratie libérale, n'a de sincérité que dans le cadre d'un débat d'idées effectif. La décision n°84-181 DC du 11 octobre 1984³¹ l'avait laissé présager. À propos du considérant de principe de cette décision³², Pierre Avril et Jean Gicquel faisaient appel à Stendhal³³, avant de constater que « le CC consacre, sur le plan des principes, la conception interventionniste du législateur pour lequel la liberté de la presse ne se définit pas exclusivement par l'absence d'empêchement, mais exige une action positive. C'est la philosophie du préambule de 1946 qui vient ici prolonger la vision libérale de 1789 »³⁴.

Et même, en 1986, pour Patrick Wachsmann « le Conseil rejoint (ici) les analyses de Claude Lefort, qui a particulièrement mis l'accent sur cette conception de la démocratie comme lieu d'affrontement libre des opinions et des intérêts... »³⁵ La jurisprudence du Conseil est en l'occurrence particulièrement efficace puisqu'il faut constater avec Robert Etien qu'après la promulgation de la loi partiellement amputée de ses articles inconstitutionnels, les dispositions de la deuxième loi du 27 novembre 1986 « épousent l'argumentation développée par le Conseil constitutionnel avec un tel scrupule que l'opposition n'a pas jugé opportun de saisir la haute instance. »³⁶ Même si formellement, c'est bien l'institution parlementaire qui est intervenue, force est de constater que matériellement, le Conseil constitutionnel devient co-législateur, avec « droit d'initiative ». C'est lui qui détermine *in fine* le contenu de la loi, et ce sur le fondement de l'exercice de sa compétence par le législateur. Le procédé est admirable.

Dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la loi, où le Conseil est officiellement reconnu garant des droits et libertés que la Constitution garantit, Frédéric Rolin « pousse »

³¹ Décision n°84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, JO du 13 octobre 1984, p. 3200.

³² Cons. 37 : « s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de la rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle » ; Cons. 38 : « ... le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale (...) est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; qu'en effet la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ; qu'en définitive l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par la liberté de l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché ».

³³ La liberté de la presse, « l'ancre unique par laquelle tiennent toutes les libertés ».

³⁴ Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, « Chronique constitutionnelle », *Pouvoirs*, 1985 (33), p. 163.

³⁵ Patrick WACHSMANN, « Note sous Décision du Conseil constitutionnel n°86-217 DC du 18 septembre 1986 », *AJDA*, 20 février 1987, p. 102-114.

³⁶ Robert ETIEN, « Le pluralisme : objectif de valeur constitutionnelle (II) », *Revue administrative*, 1986, p. 567.

jusqu'à ses dernières extrémités le raisonnement. Certes, il fustige le recours à l'incompétence négative dans le cadre du contrôle *a posteriori* en général, et dans l'affaire en cause en particulier – cessions gratuites de terrains³⁷ – mais c'est pour critiquer l'excessive timidité de la Haute juridiction, à propos de la motivation trop lapidaire des QPC : « A l'heure où la notion « d'office du juge » est sous toutes les plumes et dans tous les discours, on se doit de souligner qu'il relève de la cour régulatrice des droits constitutionnels qu'elle énonce clairement ces droits, leurs portées, leurs limites et *la manière dont la loi doit les mettre en œuvre* »³⁸. C'est pourtant, au moins pour la dernière proposition, tout ce à quoi le Conseil veut faire croire qu'il échappe, lui qui a pris l'habitude d'habiller son raisonnement d'un voile de déférence à l'égard de la compétence de la représentation nationale.

En réalité, l'incompétence négative du législateur est l'incarnation même de la manière dont le Conseil constitutionnel utilise la liberté des Anciens pour protéger la liberté des Modernes : il exige que l'institution parlementaire elle-même se montre digne de la confiance qui est supposée être insufflée par le suffrage en démocratie représentative, conformément à l'inspiration de la Déclaration de 1789.

B. L'article 34 de la Constitution : un outil de mise en œuvre de la Déclaration de 1789

Force est de constater que peu à peu, les références, voire les simples mentions de l'article 34, vont se multiplier dans les décisions. Il a été vu que dès 1975³⁹, le Conseil constitutionnel préfère « doubler » le fondement de l'égalité devant la justice issu de l'article 6 de la Déclaration du fondement de la compétence que tient le législateur de l'article 34. Ce dernier lui fournit en effet un instrument incontestable à l'égard duquel le Conseil a lui-même été conçu. Par la même décision, il abandonne la référence explicite au Préambule dans les visas, et se contente d'un simple « Vu la Constitution », comme l'ont d'ailleurs relevé les auteurs de l'époque⁴⁰. Et pour cause, l'article 34 solidement ancré dans le corps de la Constitution vient désormais mettre en œuvre la Déclaration de 1789, plus abstraite et donc plus volubile.

Loin de brider la compétence parlementaire, l'article 34 devient ainsi le fondement du caractère démocratique de la norme (1), mais l'intérêt de ce dernier ne se réduit pas à garantir que la loi est l'expression de la majorité : le caractère démocratique de la norme, comme le

³⁷ Décision n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, Société Esso SAF [Cession gratuite de terrain], JO du 23 septembre 2010, p. 17292.

³⁸ Frédéric ROLIN, « Pour un "discours sur la méthode" du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, n°42, 13 décembre 2010, p. 2386.

³⁹ Décision n°75-56 DC du 23 juillet 1975, Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale, JO du 24 juillet 1975, p. 7533.

⁴⁰ Loïc PHILIP et Louis FAVOREU, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française, Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1975, p. 1323 ; de même que Jean Rivero : RIVERO Jean, « Note sous Décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1975 », *AJDA*, Janvier 1976, p. 47.

démontre Jérôme Trémeau, est le vecteur de la protection des minorités (2), qui ont droit de cité dans l'enceinte parlementaire. Exiger du Parlement un débat démocratique qui donne la parole à l'opposition, voilà une manière de protéger la liberté des Modernes parfaitement conforme à l'esprit de l'œuvre de Benjamin Constant.

1. La compétence législative : fondement du caractère démocratique de la norme

« La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse... » dispose solennellement l'article 6 de la Déclaration de 1789. À l'instar des autres articles de la Déclaration, il sera mis en œuvre par l'article 34 de la Constitution, comme le répète avec persistance le Conseil constitutionnel. L'idée même de la loi, norme générale et impersonnelle, implique en soi le respect de l'égalité des citoyens qui participent réciproquement à son élaboration. Selon Jérôme Trémeau, la conception originaire de la réserve de loi est éminemment démocratique : « il a été proposé de déterminer la fonction de la réserve de loi par rapport au caractère démocratique de l'Etat. Dans cette logique, il apparaît normal de confier au Parlement en tant que détenteur de la souveraineté populaire les décisions politiques d'importance fondamentale. »⁴¹ Certes, le Gouvernement, en démocratie parlementaire, n'est pas dépourvu de légitimité puisqu'il a nécessairement la confiance de l'assemblée représentative mais cette légitimité n'est qu'indirecte, ce qui convainc de confier les choix essentiels à la représentation nationale. Mais il y a également un second argument : la publicité de la procédure de décision dans le cadre législatif. On peut ainsi voir opposées « d'une part une procédure fondée sur un débat public et d'un autre côté une édicition secrète »⁴² dans le cadre réglementaire. Enfin, « il est avancé que la loi offrirait une meilleure protection en raison de sa meilleure aptitude à être connue par les administrés et de sa plus grande précision »⁴³. Pour Jérôme Trémeau, l'argument ne tient pas vraiment, mais il semble que pour le Conseil constitutionnel, ce soit bien le cas, ce qui serait d'ailleurs la justification d'un recours à l'incompétence négative du législateur dans le cadre du contrôle *a posteriori*.

Peu à peu en effet, le Conseil constitutionnel s'est habitué à lier intimement le fond et la forme : l'incompétence négative du législateur est inconstitutionnelle parce que le texte fondamental n'a confié certains domaines qu'à la représentation nationale et que c'est à elle de garantir les citoyens contre l'imprévisibilité de la règle de droit. On connaît la longue réticence du Conseil constitutionnel à consacrer le principe de sécurité juridique. Anne-Laure Valembois rattache expressément le recours à l'incompétence négative du législateur à « la protection incidente de la sécurité juridique au travers de jurisprudences manifestement

⁴¹ Jérôme TREMEAU, *La réserve de loi, Compétence législative et Constitution*, Thèse de doctorat, Sous la direction de Louis Favoreu (Préface), Université d'Aix-Marseille, PUAM, Economica, 1997, p. 42.

⁴² *Op. Cit.*, p. 40.

⁴³ *Ibid.*, p. 44.

orientées vers d'autres objectifs »⁴⁴. Pour autant, elle souligne que le recours à l'incompétence négative ne se réduit pas à la seule recherche de la prévisibilité du droit pour les individus en vertu de laquelle « il importe presque peu que la loi soit imprécise, du moment que le règlement qui l'applique l'est suffisamment, car dans cette hypothèse le citoyen peut en définitive connaître précisément le droit applicable et établir des prévisions fiables »⁴⁵. On voit déjà apparaître le problème que peut poser le recours à l'incompétence négative du législateur dans le contrôle *a posteriori* dans le cadre duquel le juge constitutionnel est chargé de protéger les droits et libertés des citoyens, et rien d'autre. D'ailleurs, la seconde raison que l'auteur avance, c'est bien « une survivance du mythe de la loi »⁴⁶. En tout état de cause, le Conseil constitutionnel, par le recours à l'incompétence négative, cherche à lier liberté des Anciens et liberté des Modernes afin que ce soit par la volonté – sincère ou dictée par le juge – de leurs élus que les citoyens voient leurs libertés protégées.

Dans la décision du 5 août 1993, c'est la délégation expresse au pouvoir réglementaire du soin de fixer l'extension de la zone frontalière de 20 à 40 kilomètres dans laquelle le contrôle d'identité de toute personne est possible qui est censuré⁴⁷. Dans la fameuse décision du 5 mai 1998 sur la loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile⁴⁸, le Conseil constitutionnel lie explicitement l'article 34 de la Constitution à l'article 8 de la Déclaration de 1789⁴⁹ : « il résulte de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la nécessité pour le législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale, de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et d'exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines... »⁵⁰ En l'espèce, le législateur a méconnu l'article 8 de la Déclaration et la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution. On voit bien que l'article 34 est le support du fondement de l'article 8 qui pourrait suffire dans la mesure où « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi... ». En l'occurrence cependant, le législateur avait expressément renvoyé à l'appréciation du ministre de l'intérieur la détermination du caractère humanitaire

⁴⁴ Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Préface de Bertrand Mathieu, L.G.D.J., 2005, p. 267.

⁴⁵ *Op. Cit.*, p. 268.

⁴⁶ *Op. Cit.*, p. 268 : « par-delà la précision de la loi, la sanction de l'incompétence négative vise à réserver au législateur un certain nombre de matières dans le but de les soustraire à l'arbitraire des autorités administratives et juridictionnelles. » Ce qui est sans aucun doute susceptible de laisser songeurs les juges administratifs et judiciaires. « L'incompétence négative manifeste donc à certains égards une survivance du mythe de la loi. »

⁴⁷ Décision n°93-323 DC du 5 août 1993, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, JO du 7 août 1993, p. 11193, Cons. 16, Rec. p. 213.

⁴⁸ Décision n°98-399 DC du 5 mai 1998, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, JO du 12 mai 1998, p. 7092, cons. 5 et 7, Rec. p. 245.

⁴⁹ Art. 8. DDHC : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

⁵⁰ Cons. 7.

des associations susceptibles de bénéficier d'une immunité pénale concernant l'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irrégulier.

Mais dans certaines décisions, l'exigence pour le législateur d'exercer pleinement sa compétence va se rapprocher, sans qu'il y ait délégation explicite au pouvoir réglementaire ou aux autorités juridictionnelles par le législateur, d'une obligation de précision, dont l'ignorance équivaut à une délégation. C'était déjà le cas dans la décision du 10 juillet 1985⁵¹, mais l'article 34 intervenait seul. C'est cependant au cours des années 2000 que l'exigence à la fois de précision et de clarté⁵² va véritablement « exploser » dans le contentieux constitutionnel français, et notamment à partir des décisions 2000-433 DC⁵³ et 2000-452 DC⁵⁴. Puis, le législateur ne peut non plus renvoyer à lui-même⁵⁵, car on est proche du bavardage qui sera finalement censuré de manière éclatante dans la décision 2005-512 DC⁵⁶. À l'issue de cette jurisprudence, il y a lieu de s'interroger : « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? »⁵⁷ Florence Galletti constate en effet que « la jurisprudence fait (...) apparaître un contenu matériel minimum de la loi, que le Parlement peut étendre, mais ne peut réduire, dans les domaines que la Constitution lui impose »⁵⁸. « ...une loi doit comporter certaines caractéristiques... (elle) n'est plus seulement définie quant à sa place dans la hiérarchie des

⁵¹ Décision n°85-191 DC du 10 juillet 1985, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, JO du 12 juillet 1985, p. 7888, Cons. 3 à 5, Rec. p. 46 : le « texte est susceptible d'au moins deux interprétations, l'une privilégiant la simplicité des règles d'assiette par la fixation d'annuités égales, l'autre privilégiant l'adaptation de l'assiette à la réalité économique par la fixation d'annuités progressives prenant en compte les intérêts composés...le choix entre ces deux interprétation est d'autant plus incertain que des arguments en faveur de l'une ou de l'autre peuvent être trouvés dans les travaux préparatoires... l'article... n'est pas conforme à l'article 34 de la Constitution ».

⁵² Avec toutes les contradictions que cela implique : Alexandre FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006 (21), p. 77 : « Trop simple, trop concise, une loi ne permet (...) plus à son lecteur de prévoir son application à un cas concret. Le simplifié ne rend pas forcément plus intelligible. »

⁵³ Décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JO du 2 août 2000, p. 11922, cons. 61 : « ...en omettant de préciser les conditions de forme d'une telle saisine et en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution ».

⁵⁴ Décision n°2001-452 DC du 6 décembre 2001, Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JO du 12 décembre 2001, p. 19712, cons. 7 : les « ...dispositions, tant par leur ampleur que par leur imprécision, portent au principe d'égalité devant la loi une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général qui s'attache au développement de l'économie sociale... »

⁵⁵ Décision n°2004-499 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JO du 7 août 2004, p. 14087, Rec. p. 126.

⁵⁶ Décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, JO du 24 avril 2005, p. 7173 Rec., p. 72.

⁵⁷ Florence GALLETTI, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2004 (58), p. 387-417.

⁵⁸ *Op. Cit.*, p. 408

normes, mais est évaluée, par le Conseil, quant à son contenu. »⁵⁹ Mais le juge s'attachera à renvoyer au législateur la détermination de ce contenu : en réalité, d'une part, un certain pan de la jurisprudence, notamment relative aux garanties légales, fait apparaître le Conseil comme dictant le contenu au législateur⁶⁰, d'autre part, certaines décisions, se contentent de dire que le législateur a été insuffisamment précis et qu'il doit prévoir des garanties, quelles qu'elles soient.

Cette dernière inspiration doit être rapprochée de la formule par laquelle le Conseil constitutionnel rappelle qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation « identique » à celui du Parlement⁶¹, et désormais « de même nature »⁶². Ce n'est pas à lui de donner les garanties mais à la représentation démocratique. En réalité, il semble que la formule vaille également pour le juge ordinaire. Lui non plus, dépourvu de légitimité électorale, n'est pas en charge de pallier les carences de la loi et d'opérer les choix d'opportunité politique. C'est ce qui ressort de la décision du 5 mai 1998⁶³ puisque le juge constitutionnel estime que la délégation aux autorités administratives de déterminer le champ de la loi pénale porte atteinte à la légalité des délits et des peines « nonobstant le pouvoir du juge pénal d'apprécier (...) la légalité de tout acte administratif »⁶⁴. Et en effet, si la loi délègue, on ne voit pas par rapport à quoi le juge pourrait apprécier les actes administratifs, sauf à l'opportunité politique.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'incompétence négative du législateur dans le contrôle *a priori* a donc pour objet de rendre à l'institution parlementaire, irradiée de légitimité électorale, la charge qui est la sienne, et contre sa volonté si besoin est. L'article 34 implique de la part du législateur la mise en œuvre des droits et libertés de la Déclaration de 1789 – articles 11, 6, 8, 14... – ce qui ne saurait être dépourvu d'effet dans l'usage de l'incompétence négative dans le contrôle *a posteriori*.

Pour autant, il ne s'agit pas d'une simple question de souveraineté. Comme le démontre Jérôme Trémeau, la discussion dans l'enceinte parlementaire permet aussi la protection des droits des minorités, qui relève sans aucun doute de la liberté des Modernes. Il faut donc constater la subtilité de la jurisprudence constitutionnelle qui est à la recherche d'un objectif double et combiné : rendre sa compétence à la représentation démocratique ; protéger les droits individuels. Le recours à l'incompétence négative n'est donc pas dogmatique. S'il permet la protection des droits et libertés, il s'impose. Mais cette protection peut aussi nécessiter une certaine marge de manœuvre des autorités d'application, et notamment

⁵⁹ *Ibid.*, p. 406.

⁶⁰ Voir supra Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, JO du 19 septembre 1986, p. 11294.

⁶¹ Décision n°74-54 du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, JO du 16 janvier 1975, p. 671, cons. 1 : « ...l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement... »

⁶² À partir de la décision n°2000-433 DC, *Op. Cit.*

⁶³ *Op. Cit.*, Décision n°98-399 DC.

⁶⁴ Cons. 7.

juridictionnelles. En ce cas, le Conseil n'exigera pas de la loi une précision excessive, qui peut d'ailleurs entrer en contradiction avec l'exigence de clarté.

2. Le caractère démocratique de la norme : vecteur de la garantie des droits de la minorité

« Qu'est-ce que l'intérêt général, sinon la transaction qui s'opère entre les intérêts particuliers ? Qu'est-ce que la représentation générale, sinon la représentation de tous les intérêts particuliers qui doivent transiger sur les objets qui leur sont communs ? L'intérêt général est distinct sans doute des intérêts particuliers, mais il ne leur est point contraire. »⁶⁵ Benjamin Constant fustige cet intérêt général impalpable mais autoritaire au nom duquel ont pu être commises les pires exactions. Il émane en effet de son discours que l'utilité de la détermination de l'intérêt général par la représentation démocratique réside dans la discussion parlementaire, à l'issue de laquelle la norme ressortira la moins attentatoire aux droits et intérêts individuels.

Et en effet, selon Jérôme Trémeau, au-delà de la légitimité électorale de la représentation nationale, un second motif d'importance vient justifier la consécration d'une réserve de loi : la garantie de la minorité⁶⁶. À la lutte pour le pouvoir entre exécutif et législatif s'est substituée celle entre majorité et opposition. Si le pouvoir exécutif émane de la volonté du Parlement, on voit difficilement pourquoi distinguer l'édiction de la norme par le Gouvernement et par l'institution parlementaire. En revanche, selon la nouvelle configuration des régimes parlementaires, la discussion au sein des chambres présente l'intérêt non négligeable de donner la parole à l'opposition : « ... l'Assemblée est composée de membres exprimant la diversité de la Nation (ou du peuple) : elle constitue donc le lieu idéal pour débattre, puisque l'ensemble des intérêts majeurs y est représenté. »⁶⁷ Et quel plus ardent défenseur des droits et libertés des citoyens qu'une minorité s'opposant à ses adversaires politiques ? Il ne semble pas que la réflexion soit absente de l'esprit du Conseil constitutionnel dont on sait qu'il a développé une jurisprudence tâtonnante mais abondante sur le droit d'amendement, et notamment visant à protéger celui des parlementaires, dont il est un corollaire indispensable du droit d'initiative qui est pour eux largement limité.

Le recours à l'incompétence négative permet au Conseil de renvoyer la loi à un débat démocratique qui doit garantir l'édiction d'une norme respectueuse des droits individuels après la défense des intérêts des uns et des autres des citoyens par les différentes forces politiques. Le grief permet donc non seulement que la loi soit l'expression de la volonté générale, mais encore de protéger les exigences relevant de la liberté des Modernes, en combinant les deux motifs. Cette justification du renvoi au débat démocratique supposé permettre la protection des droits individuels n'est certainement pas sans influence sur l'acceptation du recours à l'incompétence négative dans le contrôle *a posteriori* : relèverait des droits et libertés que la Constitution garantit celui, pour le justiciable, de voir la norme

⁶⁵ Benjamin CONSTANT, *Op. Cit.*, p. 355-356.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 37.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 38.

qu'on veut lui appliquer édicter de manière démocratique, c'est-à-dire à l'issue d'un débat susceptible de prendre en compte tous les intérêts en présence⁶⁸.

Le raisonnement est donc subtil qui repose sur les deux arguments de la souveraineté démocratique et de la protection des droits individuels. Il faut d'ailleurs remarquer que la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas dogmatique et qu'il admet parfaitement que parfois, la marge de manœuvre laissée au juge, certes dépourvu de légitimité électorale, est la condition de la sauvegarde des libertés.

Il faut constater que l'article 8 de la Déclaration de 1789 peut présenter deux exigences contradictoires : le principe de légalité des délits et des peines et le principe d'individualisation de la peine, ce dernier pouvant impliquer nécessairement un pouvoir d'appréciation de l'autorité d'application. Dans la décision du 30 décembre 1987 sur la loi de finances pour 1988⁶⁹, le Conseil censure ainsi sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration de 1789 car « en prescrivant que l'amende fiscale encourue en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne (...) sera, en toute hypothèse, égale au montant des revenus divulgués, l'article (en cause) édicte une sanction qui pourrait, dans nombre de cas, revêtir un caractère manifestement disproportionné ». Il en sera de même dans la décision du 13 août 1993 sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration⁷⁰ à propos de la sanction automatique « d'interdiction du territoire pendant un an sans égard à la gravité du comportement ayant motivé (l') arrêté », sanction prononcée par l'autorité administrative.

Mais c'est surtout la décision du 5 mai 1998⁷¹ qui donne un exemple frappant de la nécessaire liberté du juge ordinaire, même si elle ne doit pas être absolue. Après avoir censuré l'article 13 de la loi qui donnait au ministre compétence pour fixer la liste des associations à vocation humanitaire, le Conseil constitutionnel ajoute « *qu'il appartient au juge, conformément au principe de légalité des délits et des peines, d'interpréter strictement les éléments constitutifs de l'infraction (...), notamment lorsque la personne morale en cause est une association à but non lucratif et à vocation humanitaire, ou une fondation, apportant, conformément à leur objet, aide et assistance aux étrangers* »⁷². Ici, il semble que le Conseil dépossède par la censure le ministre de son éventuelle compétence à définir le champ d'application de la loi pénale sur le fondement de la légalité des délits et des peines, pour la remettre entre les mains du juge ordinaire sur le fondement de la nécessité des peines. En effet, parler du principe de légalité des délits et des peines pour fonder l'appréciation du juge d'application est manifestement un leurre. Et notamment dans la mesure où le Conseil oriente très explicitement le caractère strict de l'interprétation de la loi pénale en direction des associations à vocation humanitaire. La confiance est clairement exprimée à l'égard du juge ordinaire, dont on peut supposer que la jurisprudence est en l'occurrence prise en compte : « Il

⁶⁸ Voir infra.

⁶⁹ Décision n°87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988, JO du 31 décembre 1987, p. 15761.

⁷⁰ Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, JO du 18 août 1993, p. 11722.

⁷¹ *Op. Cit.*, Décision n°98-399 DC.

⁷² Cons. 8.

ne semble d'ailleurs pas, dans la grande majorité des cas, que le juge pénal ait fait dans le passé une application déraisonnablement répressive de ces dispositions. »⁷³

C'est également la marge manœuvre qui doit être laissée au juge qui inspire la censure, le 15 mars 1999⁷⁴, de la disposition qui prévoit une incapacité d'exercer une fonction élective « applicable de plein droit à toute personne physique à l'égard de laquelle a été prononcée la faillite personnelle (...) *sans que le juge qui décide de ces mesures ait à prononcer expressément ladite incapacité* », sur le fondement de la nécessité des peines.

Or, dans l'absolu, on pourrait estimer que l'institution de « peines planchers » ne pourrait en elle-même que répondre au principe de légalité des délits et des peines, la peine correspondant à telle infraction étant directement connaissable tant par le coupable éventuel que par la victime potentielle. Le juge constitutionnel doit donc bien opérer une conciliation.

Ce constat n'est pas sans intérêt au regard du contrôle de l'incompétence négative du législateur dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la loi : le juge constitutionnel va pouvoir exiger du législateur qu'il n'ait pas complètement délégué son pouvoir d'édiction des normes aux autorités d'application, mais simultanément, il devra admettre et parfois exiger qu'une certaine marge de manœuvre soit laissée au juge ordinaire, avec lequel d'ailleurs il doit coopérer dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité.

Le problème demeure cependant de la raison pour laquelle le juge constitutionnel a admis le grief d'incompétence négative du législateur pour contrôler la loi *a posteriori* alors que la réforme de 2008 le charge de protéger les droits et libertés des citoyens et qu'il a lui-même immédiatement affirmé que le grief ne pouvait être invoqué que lorsqu'un droit ou une liberté que la Constitution garantit est affecté. Il semble bien que la motivation du juge constitutionnel demeure la même que dans son contrôle *a priori* : réhabiliter la représentation nationale dans son rôle d'édiction de la volonté générale, et notamment lorsqu'elle concerne les libertés publiques. Une motivation qui relève éminemment de la liberté des Anciens donc, mais qui pour le Conseil n'est pas totalement étrangère des droits des justiciables qui sont aussi souvent citoyens.

II. Le recours à l'incompétence négative du législateur dans le contrôle *a posteriori* : vers le droit du citoyen à une édicton démocratique de la norme ?

Le recours à l'incompétence négative du législateur dans le cadre du contrôle *a posteriori* n'est pas totalement incongru. Peu à peu, l'incompétence négative s'est rapprochée des exigences de précision de la loi ce qui ne saurait être sans effet à l'égard du sujet de droit. Pour autant, comme le souligne Florence Galletti⁷⁵, pour le justiciable, peu importe que la précision figure dans la loi ou dans le règlement d'application : du point de vue de l'Etat de droit donc, l'intérêt est mineur. D'un point de vue démocratique au contraire, il n'en est rien :

⁷³ « Etrangers, Chronique de jurisprudence », *AJDA*, 20 juin 1998, p. 489-492.

⁷⁴ Décision n°99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, JO du 21 mars 1999, p. 4234, cons. 36 à 43, Rec. p. 51.

⁷⁵ Voir supra.

les citoyens élisent des représentants pour que ce soient eux et personne d'autre qui édictent les normes essentielles à la vie de la Nation. On peut donc se demander si l'on assiste à l'émergence d'un droit du citoyen, qui peut aussi être justiciable, à l'intervention de la représentation démocratique (A).

En revanche, du point de vue des relations avec les deux autres ordres juridictionnels, le recours à l'incompétence négative du législateur pourrait éveiller de légitimes interrogations. La réforme de 2008, en faisant du Conseil constitutionnel le garant des droits et libertés des citoyens, à l'instar du juge administratif, juge de l'excès de pouvoir, et de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, semblait « transférer » le Haut Conseil de l'ordre politique vers l'ordre véritablement juridictionnel. Le but était de protéger les droits, de manière juridique, ou jurisprudentielle, et il ne semblait plus être question de légitimité démocratique de la représentation nationale à le faire. La réforme relevait d'un argument clairement téléologique, or on verra qu'il est des cas où le Conseil censure pour incompétence négative alors que si les droits sont affectés, ils ne sont pas pour autant atteints, ou bien qu'ils sont atteints sans que cela ne découle véritablement de la loi qui fait l'objet du contrôle. La jurisprudence relative à l'incompétence négative du législateur dans le cadre du contrôle *a posteriori* pourrait être problématique du point de vue des relations inter-juridictionnelles (B).

A. L'émergence d'un droit du citoyen à l'intervention de la représentation démocratique

Dans la décision n°2010-5 QPC⁷⁶, le Conseil constitutionnel n'accepte de contrôler l'incompétence négative « que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit »⁷⁷. La forme négative ne doit pas tromper car toute la subtilité réside dans le terme « affecté » (1). La faculté pour le justiciable de plaider en faveur d'une intervention de la représentation démocratique correspond cependant pleinement à certains discours sur la réforme, dont l'idée était de rapprocher la Constitution des citoyens : or la Constitution, même pour les citoyens, ce n'est pas seulement les droits et libertés qu'elle garantit matériellement, c'est également le fait que leur mise en œuvre soit déterminée démocratiquement en régime parlementaire (2).

1. La réception du grief d'incompétence négative dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit

Quoique le rapporteur public au Conseil d'Etat dans l'affaire SNC Kimberly-Clark rappelle que « la « réserve de loi » constitue l'une des expressions essentielles du caractère

⁷⁶ Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC KIMBERLY CLARK [Incompétence négative en matière fiscale], JO du 19 juin 2010, p. 11149.

⁷⁷ Cons. 3.

démocratique d'un régime politique »⁷⁸, il estime que le grief d'incompétence négative du législateur présente de grandes difficultés d'application. En effet, dans la décision du 13 décembre 1985⁷⁹ qu'il prend pour exemple, le Conseil constitutionnel dit explicitement que les interventions sur des propriétés publiques ou privées prévues par la loi déferée « pourraient, faute de précisions suffisantes, entraîner *une atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis* qu'il appartient à la loi de sauvegarder ». La réception de l'incompétence négative dans le contrôle *a posteriori* était donc largement prévisible⁸⁰ puisque la révision de 2008 semble presque reprendre la formule.

Le rapporteur estime cependant que l'application du critère selon lequel l'incompétence négative peut être contrôlée lorsqu'elle est susceptible de mettre en cause un droit ou une liberté « conduirait nécessairement, de proche en proche, à admettre l'invocation de l'incompétence négative dans la quasi-totalité des cas, car rares sont les hypothèses dans lesquelles l'abstention du législateur peut être réputée ne comporter aucun risque d'atteinte à un droit ou une liberté. »⁸¹ C'est d'ailleurs ce qui ressort du contrôle *a priori*. Plutôt que de censurer directement l'éventualité d'une atteinte à un droit ou une liberté, le Conseil constitutionnel refusant de supporter la charge du contrôle de l'éventualité, a pris l'habitude de prendre comme support un fondement textuel compris dans le corps de la Constitution : l'article 34. Un autre effet pervers souligné par le rapporteur serait de pousser les parties à une argumentation ambiguë visant à rattacher artificiellement le grief d'incompétence négative à un droit ou une liberté matériel ce qui ne saurait faciliter le rôle de filtrage du Conseil d'Etat. Par rapport au contrôle *a priori*, l'effort d'argumentation pour le Conseil constitutionnel est désormais totalement inversé : s'il veut censurer l'incompétence négative, il devra la rattacher à un droit ou une liberté constitutionnel.

Le rapporteur va conclure que selon lui, le recours à l'incompétence négative du législateur dans le contrôle *a posteriori* est inopportun et que le grief ne relève pas de l'article 61-1 (mais que ce n'est pas au Conseil d'Etat de trancher). L'espèce est d'ailleurs particulièrement probante : si la requérante avait voulu voir protéger matériellement ses droits, c'est-à-dire s'ils étaient substantiellement atteints, elle pouvait arguer de l'inconstitutionnalité non de la loi, mais du texte réglementaire par voie d'exception, « l'imprécision même des termes de l'habilitation législative excluant qu'elle puisse faire

⁷⁸ Julien BOUCHER, « L'incompétence négative du législateur », Conclusions sur Conseil d'Etat 23 avril 2010, SNC Kimberly-Clarck, req. 327166, *RFDA*, n°4, juillet-août 2010, p. 705.

⁷⁹ Décision n°85-198 DC du 13 décembre 1985, Loi modifiant la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle, JO du 14 décembre 1985, p. 14574.

⁸⁰ Audition de M. Marc Guillaume, Secrétaire général du Conseil constitutionnel devant la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le Projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Rapport par M. Jean-Luc Warsmann n°1898 : « ...devrait pouvoir être soulevée la question du manquement à l'obligation faite à la loi de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. Il en irait de même dans le cas de l'incompétence négative du législateur (...) (qui) ne pourra être invoquée que si la protection d'un droit ou d'une liberté est en cause. » ; Ainsi que Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, devant la même commission.

⁸¹ *Op. Cit.*, p. 706.

écran à une telle invocation de principes constitutionnels ». Et le rapporteur d'en conclure qu'il s'agit donc bien d'« une pure question de répartition des compétences normatives... »

Deux éléments sont cependant remarquables. En premier lieu, il faut constater que plus l'incompétence négative est manifeste – délégation inconditionnelle de compétence, absence totale de garanties légales – c'est-à-dire susceptible de subir les foudres du Conseil constitutionnel si la question lui est transmise, moins la transmission est utile puisque la loi est insusceptible de servir d'écran à l'acte réglementaire et donc que le Conseil d'Etat pourra lui-même contrôler le respect des droits et libertés constitutionnels. En second lieu, et le constat découle du premier, on voit immédiatement les difficultés que peut entraîner le recours à l'incompétence négative *a posteriori* au regard du nécessaire « dialogue des juges ». En renvoyant la compétence au législateur, le Conseil constitutionnel « dépossède » du même coup les autres ordres juridictionnels d'une partie de leur compétence⁸².

Le Conseil constitutionnel a pourtant accueilli le grief tout en le rejetant au fond. Il précise en premier lieu que l'article 14 de la déclaration de 1789⁸³ ne constitue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit et en second lieu qu'il n'est pas porté atteinte au droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789. Cette première décision est cependant moins exigeante que certaines de celles qui suivront : le Conseil semble y constater l'absence effective d'atteinte⁸⁴ et non pas, comme par exemple dans la décision sur les cessions gratuites de terrains, la présence de garanties légales permettant qu'il ne soit pas porté atteinte⁸⁵.

En réalité, la sévérité du Conseil est d'opportunité : l'atteinte au droit de propriété constituait, pour André Barilari, un « argument manifestement abusif »⁸⁶, et l'éventuel constat d'une incompétence négative du législateur en l'espèce aurait paru particulièrement dangereux pour les finances de l'Etat de l'avis de la plupart des auteurs⁸⁷.

⁸² Voir infra.

⁸³ Art. 14. DDHC : « Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée. »

⁸⁴ Cons. 5 : « ...le 1 de l'article 273 du code général des impôts, en ce qu'il renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer (...) ne porte pas atteinte au droit de propriété... »

⁸⁵ Décision n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, Société Esso SAF [Cession gratuite de terrain], JO du 23 septembre 2010, p. 17292 : « aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 de la Déclaration de 1789... le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence ».

⁸⁶ André BARILARI, « Le Conseil constitutionnel précise le domaine de compétence des QPC et confirme son interprétation de l'article 14 de la DDHC selon laquelle c'est le Parlement qui consent à l'impôt », *Constitutions*, 2011, n° 4, p. 597-598.

⁸⁷ Olivier GUICHARD et Romain GRAU, « Question prioritaire de constitutionnalité et incompétence négative du législateur », *Droit fiscal*, n°48, 2 décembre 2010, p. 16-18 : « le Conseil constitutionnel est intervenu sur un terrain marqué par une inflation de normes réglementaires où sa censure dans l'affaire Kimberly Clark aurait indéniablement entraîné une spirale d'annulations et une fragilisation certaine de notre droit fiscal, alors même que les dispositions qui lui étaient soumises n'avaient pas un caractère liberticide. » ; Christophe de la MARDIERE, « Première décision "QPC" du Conseil constitutionnel en matière fiscale », *Constitutions*, 2010, n° 3, p. 419-421 : « si le Conseil

Il semble que toute la problématique réside dans le terme « affecté ». « Affecté » pourrait ne pas vouloir dire « atteint » mais simplement « concerné » ou « en cause », sans qu'il y ait atteinte effective aux droits ou libertés, contrairement à l'une des interprétations que proposait Francis Delpérée : « Porter atteinte, c'est attaquer, c'est violer »⁸⁸. On a d'ailleurs pu souligner l'inutilité relative pour les justiciables du recours à l'incompétence négative du législateur à partir du moment où le Conseil exige que soit affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit⁸⁹. Pourtant, il n'est pas impossible que, dans certains cas, l'atteinte directe à un droit constitutionnel ne puisse être constatée dans la loi, alors que l'incompétence négative du législateur pourrait l'affecter. En matière d'incompétence négative, ce n'est pas le contenu de la loi qui porte atteinte à un droit constitutionnel, c'est justement son silence.

L'exemple de la décision n°2010-33 QPC⁹⁰ par laquelle le Conseil constitutionnel censure l'incompétence négative du législateur en matière de cession gratuite de terrain est particulièrement probante : le Conseil censure alors que la plupart des auteurs s'accordent à dire que si les garanties ne figuraient pas dans la loi, elles n'étaient pas inexistantes juridiquement puisqu'elles se retrouvaient dans les décrets d'application et la jurisprudence administrative (ce qui pourrait poser de sérieux problèmes quant au « dialogue des juges »⁹¹). On peut même supposer qu'il suffirait que le législateur reprenne les termes des actes d'application pour rentrer dans la conformité constitutionnelle⁹². Frédéric Rolin regrette

constitutionnel reconnaissait que toute atteinte fiscale au droit de propriété ne devait résulter que de la loi, les conséquences d'une telle solution seraient considérables ».

⁸⁸ Francis DELPEREE, Vice-président du sénat de Belgique, devant la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le Projet de loi organique (n°1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Rapport par M. Jean-Luc Warsmann n°1898 : À propos de deux interprétations de l'incompétence négative du législateur, s'agissant de la première : « Soit il s'agit de l'omission législative, à la portugaise : le législateur n'a pas statué dans un domaine particulier, et son silence pourrait porter à critique au regard de la constitutionnalité. Il me semble, en qualité de parlementaire et de juriste, que la formulation même de l'article 61-1 de la Constitution exclut cette hypothèse. Le particulier doit en effet soutenir devant une juridiction qu'une disposition législative porte atteinte « positivement » à un droit ou à une liberté que la Constitution garantit (...) Porter atteinte, c'est attaquer, c'est violer. La notion d'atteinte a un aspect « interventionniste ». »

⁸⁹ Dominique ROUSSEAU et Pierre-Yves GADHOUN, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2010 », *RDP*, 2011, n°1, p. 255 : « ... il est fort peu probable que la jurisprudence SNC Kimberly Clark ait un réel intérêt pratique pour les requérants : soit les incompétences sont invocables directement, et cela permet aux justiciables de se servir de ce grief au cours d'un procès pour contester les dispositions législatives en cause, soit les incompétences négatives ne sont pas invocables directement, et, dans ce cas, il faut tout simplement s'en remettre aux autres éléments du bloc de constitutionnalité. En réalité, exiger des incompétences qu'elles s'accompagnent d'un principe de fond revient à nier l'intérêt pratique de cette catégorie puisque, précisément, les justiciables devront fonder leur demande sur un autre principe constitutionnel. »

⁹⁰ *Op. Cit.*, Décision n°2010-33 QPC.

⁹¹ Voir infra.

⁹² *Op. Cit.*, Frédéric ROLIN, p. 2387 : « une conception de la répartition des compétences (...) qui au bout du compte conduit à censurer un dispositif qui, semble-t-il, remplissait toutes les conditions que souhaitait le Conseil constitutionnel, sauf que ces conditions n'avaient pas été posées par la bonne autorité. »

d'ailleurs que le juge constitutionnel omette par la même occasion de se prononcer sur le fond de la question : l'atteinte au droit de propriété⁹³.

Dès lors, quelle peut être l'inspiration du Conseil constitutionnel ? C'est exactement la même que dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi : exiger que ce soit la représentation nationale qui assure la garantie des droits et libertés des citoyens conformément aux canons de la démocratie parlementaire, et personne d'autre, notamment pas les juges. Matériellement, l'article 34 de la Constitution désigne l'institution parlementaire pour la mise en œuvre des droits et libertés de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 notamment. Plutôt que de se prononcer directement sur une atteinte à la liberté des Modernes, le Conseil constitutionnel fait appel aux exigences relevant de la liberté des Anciens, comme à son habitude.

À propos de la décision du 21 avril 2005 *Avenir de l'école*⁹⁴, Bertrand Mathieu oppose ainsi deux conceptions du droit et de la démocratie qui s'appliquent parfaitement aux enjeux de la question prioritaire de constitutionnalité : « La première vise à redonner au Parlement son rôle essentiel en matière normative, afin de revaloriser le principe démocratique, dans le respect de la séparation des pouvoirs. C'est la logique dans laquelle s'inscrit la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La seconde approche vise, à l'opposé, à changer de paradigme démocratique. Présentant les droits fondamentaux comme directement et indivisiblement justiciables, exaltant l'action de la société civile au travers de l'activisme revendicatif et contentieux, le nouveau paradigme confie au juge une mission de thaumaturge et de démiurge social, en même temps que le relais du « mouvementisme 'citoyen' »⁹⁵ C'était sans doute très exactement le « risque » de la question prioritaire de constitutionnalité : une fois les droits constitutionnels intégrés dans les normes de référence directement applicables à la loi dans l'ordre juridictionnel, on pouvait envisager, au moins théoriquement, la disparition du politique au profit d'une régulation purement jurisprudentielle des droits et libertés individuels. Le juge constitutionnel s'est très clairement porté en faux contre cette conception de la question prioritaire de constitutionnalité en estimant notamment « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe »⁹⁶ toujours après avoir fait une référence fort explicite à la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution⁹⁷, qui implique une appréciation d'opportunité.

⁹³ *Op. Cit.*, p. 2386 : « Mais, sur la nature de l'atteinte portée au droit de propriété protégé par l'article 17 de la déclaration, comme sur la nature de ces garanties, strictement rien n'est dit au point que la possibilité même de procéder à un commentaire interne de la solution est pratiquement impossible. »

⁹⁴ *Op. Cit.*, Décision n°2005-512 DC.

⁹⁵ Bertrand MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006 (21), p. 72-73.

⁹⁶ Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié], JO du 7 octobre 2010, p. 18154, cons. 9.

⁹⁷ Cons. 9 : « ... maintenant le principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux conjoints, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de

Il n'en reste pas moins qu'en autorisant les requérants à soulever une question prioritaire de constitutionnalité alors que leurs droits semblent effectivement protégés, mais non par l'intervention de la bonne autorité, on peut s'interroger sur les risques de recours dilatoires ou manifestation insincères. Il faut cependant souligner que certains types de requérants peuvent avoir intérêt à voir une disposition législative déclarée contraire aux droits et libertés que la Loi fondamentale consacre et, de ce fait, disparaître de l'édifice normatif pour que la représentation démocratique se prononce à nouveau : c'est notamment le cas de certaines associations ou groupements collectifs qui sont susceptibles d'y trouver un intérêt moral⁹⁸.

En tout état de cause, le recours à l'incompétence négative du législateur dans le cadre du contrôle *a posteriori*, s'il peut déstabiliser les praticiens du droit, entre en parfaite continuité avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*. Cette faculté offerte aux justiciables de revendiquer la protection par voie législative de l'exercice des droits et libertés, si elle peut paraître contradictoire avec l'érection du Conseil constitutionnel en gardien en dernier ressort de l'Etat de droit qui semblait découler du nouvel article 61-1 de la Constitution, n'est pas étrangère l'objectif affiché de la réforme : rapprocher le citoyen de sa Constitution, et par là même des institutions politiques.

2. Le rapprochement désiré du Contrat social et du citoyen, composante du peuple souverain

Le Conseil constitutionnel « n'a pas vocation à devenir une Cour suprême coiffant toutes les juridictions et instaurant un contre-pouvoir judiciaire concurrent du législatif et de l'exécutif. »⁹⁹ Dans son discours au Conseil constitutionnel du 1^{er} mars 2010, le Président de la République s'attache à poser les bornes éminemment républicaines de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en droit français. Le lecteur attentif ne s'attardera pas sans malice sur certains passages, qui, *a posteriori*, semblent particulièrement probants de la volonté du Conseil, par le recours à l'incompétence négative du législateur, de ne pas écorcher le principe selon lequel « la démocratie est le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple », c'est-à-dire qu'elle ne se réduit pas à l'Etat de droit. « Ce nouveau droit ne doit (...) pas remettre en cause les principes fondamentaux de notre tradition républicaine qui donne à la loi une place éminente qui ne saurait lui être contestée au profit d'un gouvernement

la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs... »

⁹⁸ *Op. Cit.*, Marc GUILLAUME : « Dans sa stratégie judiciaire, le requérant peut (...) poser la question de la constitutionnalité (...) ; il demande alors l'abrogation de la loi. Il en ira notamment ainsi pour les personnes morales, association de consommateurs, ligue de contribuables ou défenseurs de la nature. Pour ces personnes morales, l'issue du litige est l'abrogation de la disposition législative. »

⁹⁹ Nicolas SARKOZY, « Discours prononcé le 1^{er} mars 2010 au Conseil constitutionnel », Dossier La question prioritaire de constitutionnalité, *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°29-2010, p. 16.

des juges ou des experts.»¹⁰⁰ Quelle meilleure réponse que le recours à l'incompétence négative du législateur ? Comment mieux redonner à la loi sa « place éminente » qu'en rappelant que les juges ne disposent pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que le Parlement et que c'est à lui de trancher les grandes questions de société, tout en l'obligeant à le faire pleinement et avec précision ?

Par le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, l'objectif du constituant était sans aucun doute la « renationalisation » des contentieux relatifs aux droits de l'homme à laquelle se combine « la réappropriation, par les citoyens, (du) corpus constitutionnel »¹⁰¹. En même temps que l'on a consacré le caractère prioritaire de la question, on a refusé au juge ordinaire la faculté de soulever la question d'office : il ne s'agit pas de purger l'ordre juridique de toute inconstitutionnalité et par tout moyen, mais bien de remettre entre les mains du citoyen une Constitution qui est la sienne.

Or, la Constitution prévoit bien dans son corps même que c'est au législateur que revient la charge de fixer les règles concernant : « - les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques... », mais aussi « - la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale... », « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures... »¹⁰² Tous autant de domaines susceptibles d'« affecter » les droits et libertés. Dès lors, plutôt que de limiter son contrôle à une ingérence positive ou « intrusive » du législateur dans les droits relevant de la liberté des Modernes, le Conseil renvoie à la représentation démocratique la charge de mettre en œuvre les droits et libertés constitutionnels, tout en la plaçant face à ses responsabilités, et ce à la demande des citoyens.

C'est particulièrement éloquent à propos de la censure de l'article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques dans la décision du 6 octobre 2010¹⁰³. Jusqu'au 9 juillet 2004, l'Association française de nommage internet en coopération (AFNIC) fonctionnait en-dehors de tout cadre législatif et réglementaire. On avait là une sorte de « droit privé », de droit non étatique. La loi du 9 juillet 2004¹⁰⁴ légalise cet état de fait en se contentant de renvoyer au pouvoir réglementaire la gestion des organismes chargés d'attribuer

¹⁰⁰ *Op. Cit.*, p. 15.

¹⁰¹ *Op. Cit.*, p. 14 : « J'ajoute, parce que j'y suis très attaché, que la réforme va non seulement permettre une renationalisation de certains contentieux, mais aussi se révéler comme un instrument incomparable de réappropriation, par les citoyens, de notre corpus constitutionnel. Il était plus que temps de mettre un terme à cette situation incompréhensible qui voulait que soit consacré, depuis 1981, un droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme alors que dans le même temps, le citoyen était tenu à l'écart du prétoire du Conseil constitutionnel (...) Je salue d'ailleurs le choix qui a été fait par le législateur organique d'imposer que soit examiné par priorité, (...), le moyen de constitutionnalité (...) La Constitution, qui du fait de cette singularité était ignorée de la grande majorité de nos compatriotes, trouve désormais la place qu'elle aurait toujours dû avoir. La Constitution n'intéresse pas que les rapports des pouvoirs publics. La Constitution, c'est aussi le socle des valeurs fondamentales dans lesquelles chacun peut et doit se reconnaître... »

¹⁰² Article 34 de la Constitution.

¹⁰³ Décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet], JO du 7 octobre 2010, p. 18156.

¹⁰⁴ Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004, art. 24 JORF 10 juillet 2004.

et de gérer les noms de domaine « dans l'intérêt général ». L'avocat du requérant, Maître François Gilbert, lors de l'audience publique, soutient qu'on ne saurait trouver dans la loi la moindre garantie en matière d'attribution et de retrait des noms de domaine. Il est remarquable que Maître Emmanuel Piwnica, pour l'AFNIC, et Maître Thierry-Xavier Girardot, désigné par le Premier ministre, lui opposent une argumentation selon laquelle les droits relatifs aux noms de domaine et leur gestion réglementaire préexistaient à la loi et que dès lors, ils ne sauraient être affectés par cette dernière qui se contente de les mettre « sous l'égide du droit de l'Etat »¹⁰⁵. C'était mal connaître la jurisprudence du Conseil relative à l'incompétence négative du législateur, dont on sait qu'elle s'est écartée dès l'origine d'une interprétation formelle de l'épuisement de sa compétence par le législateur (qui n'est plus souverain, puisqu'il doit en user mais ne peut en abuser en la déléguant) et qu'elle implique une intervention matérielle du Parlement. Dès lors, il ne pouvait se contenter de mettre formellement « sous l'égide du droit de l'Etat » un système auquel il n'imposait aucune exigence. Le juge constitutionnel, en constatant que l'article 45 du Code « confie à des organismes désignés par le ministre (...) l'attribution et la gestion des noms de domaine (...) (et) se borne à prévoir que l'attribution par ces organismes d'un domaine est assurée « dans l'intérêt général, selon des normes non discriminatoires rendues publiques et qui veillent au respect, par le demandeur, des droits de la propriété intellectuelle », estime que si le droit de propriété intellectuelle a ainsi été préservé, le législateur a entièrement délégué le pouvoir d'encadrer les conditions d'attribution et de retrait alors qu'« aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à l'article 11 de la Déclaration de 1789 » et que « par suite, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence »¹⁰⁶.

Il faut en effet constater que le législateur s'était en réalité borné à « répéter » les exigences qui découlent de la Constitution. Que l'attribution ait lieu « dans l'intérêt général » est pour le moins vague puisque par définition, c'est au législateur de le déterminer¹⁰⁷, c'est-à-dire de fixer les objectifs qu'il poursuit. Il est par ailleurs assez étonnant de voir le Conseil estimer que les droits de la propriété intellectuelle sont préservés par le seul fait qu'il en soit fait mention à l'égard du pouvoir réglementaire et des organismes. Le législateur pourrait-il se contenter d'énumérer les droits et libertés constitutionnels qui doivent être respectés par les autorités d'application pour être considéré comme ayant épuisé l'étendue de sa compétence ? Il ne semble pas que ce soit le cas. Il doit fournir lui-même les garanties. Mais, pas plus que les autorités d'application, ce n'est au Conseil lui-même de les édicter car « il ne lui appartient pas d'indiquer les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales qui doivent

¹⁰⁵ Audience publique n°2010-45 QPC, www.conseil-constitutionnel.fr.

¹⁰⁶ Cons. 6.

¹⁰⁷ Le Conseil constitutionnel s'est toujours refusé à contrôler le contenu de l'intérêt général que s'est fixé le législateur, faute de quoi il serait susceptible de l'accuser de détournement de pouvoir. Le législateur est donc souverain dans la détermination du contenu de l'intérêt général mais il ne peut en aucun cas déléguer la compétence de dire ce qu'il est ; Guillaume MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse de doctorat, sous la direction de Dominique Rousseau, (préface), Université de Montpellier I, L.G.D.J., 2004.

être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée »¹⁰⁸. Il n'est pas certain que le Conseil fasse ensuite un contrôle excessivement approfondi de la nouvelle loi si elle venait à lui être à nouveau soumise, notamment, il ne censurerait pas la loi qui ne comporterait pas exactement les garanties qu'il y aurait mises : l'intervention législative vaut donc en elle-même, et émerge réciproquement un droit du citoyen à l'édiction démocratique de la norme. Pour Anne-Marie Le Pourhiet, ce droit figure dans la Constitution¹⁰⁹.

Certes, il ne faut pas exagérer la reconnaissance de ce droit éventuel. Dès la décision Kimberly-Clark¹¹⁰, le Conseil constitutionnel affirme que « les dispositions de l'article 14 de la déclaration de 1789 sont mises en œuvre par l'article 34 de la Constitution et n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué (...) à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité »¹¹¹. Pour Loïc Philip, la réponse n'était pas d'évidence : il s'agissait « de la méconnaissance d'un principe constitutionnel fondamental : le consentement à l'impôt, lequel est à l'origine de la démocratie et du régime parlementaire (...) Le principe selon lequel l'impôt doit être consenti par les représentants des contribuables pouvait en effet être considéré comme un droit que la Constitution garantit... »¹¹² C'est également la position défendue par Anne-Marie le Pourhiet pour qui « il n'est pas contestable »¹¹³ qu'il s'agissait bien là d'un droit que la Constitution garantit. De ce point de vue, l'affirmation assez péremptoire du Conseil constitutionnel le 18 juin 2010 est fort regrettable.

En revanche, la décision du 3 décembre 2010¹¹⁴ est beaucoup plus ambiguë. Tout en maintenant la jurisprudence Football Club de Metz¹¹⁵ selon laquelle l'incompétence négative ne saurait être invoquée à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958, le Conseil constitutionnel accepte cependant de contrôler la précision suffisante de la loi sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration de 1789¹¹⁶, mais aussi de

¹⁰⁸ Cons. 7.

¹⁰⁹ Anne-Marie LE POURHIET, « Question prioritaire de constitutionnalité, démocratie et séparation des pouvoirs », *Constitutions*, 2011, p. 47 : « On peut certainement affirmer que les citoyens se voient reconnaître par le texte constitutionnel un « droit » à l'élaboration démocratique des normes et à la fixation des prélèvements fiscaux de façon autrement plus explicite que les droits à une justice impartiale, à un procès équitable ou à l'indépendance des professeurs d'Université qui ne sont écrits nulle part dans la Constitution. »

¹¹⁰ *Op. Cit.*, Décision n°2010-5 QPC.

¹¹¹ Cons. 4.

¹¹² Loïc PHILIP, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel, Août 2009-juillet 2010 », *RFDC*, 2010, n° 84, p. 827.

¹¹³ *Op. Cit.*

¹¹⁴ Décision n° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010, Société ZEturf Limited [Paris sur les courses hippiques], JO du 4 décembre 2010, p. 21358.

¹¹⁵ Décision n° 2010-28 QPC du 17 septembre 2010, Association Sportive Football Club de Metz [Taxe sur les salaires], JO du 18 septembre 2010, p. 16953.

¹¹⁶ Ce qui est d'ailleurs pour le moins contradictoire avec la jurisprudence selon laquelle la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité : Décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, M. Alain C. et autre [Indemnité temporaire de retraite outre-mer], JO du 23 juillet 2010, p. 13615, Cons. 9.

l'article 34 de la même Constitution du 4 octobre 1958¹¹⁷. Ce qui est pour le moins déstabilisant dans deux considérants consécutifs. Soit l'article 34 s'impose aux normes qui lui sont antérieures dans toutes ses conséquences parce que la jurisprudence du Conseil a largement démontré qu'il ne s'agissait pas d'une simple question de « répartition des compétences », soit il ne s'impose pas du tout à ces normes. Or, l'exigence de précision du législateur se rapproche intimement de l'exigence du plein exercice de sa compétence. Une norme insuffisamment précise délègue nécessairement la compétence de son auteur à l'autorité qui devra l'interpréter. Finalement, l'imprécision de la loi peut être invoquée pour une disposition législative même antérieure à 1958 parce que l'article 34 de la Constitution de 1958 (compétence) ne fait que mettre en œuvre l'article 8 de la déclaration de 1789 (liberté matérielle). C'est l'éventuelle atteinte à l'article 8 qui est en réalité contrôlée. Est-ce à dire, *a contrario*, que l'incompétence négative du législateur peut être invoquée en l'absence d'atteinte à des droits et libertés que la Constitution garantit pour les dispositions postérieures ?

Le raisonnement est sans doute très ambigu. Surtout, le refus de contrôler l'incompétence négative du législateur pour les normes antérieures à la Constitution de 1958 semble particulièrement critiquable dans la mesure où la jurisprudence constitutionnelle a suffisamment montré qu'en l'occurrence, la forme portait la substance. Il faut d'ailleurs relever avec Jérôme Roux¹¹⁸ que, si les exigences d'une bonne administration de la justice peuvent venir justifier en partie cette « exception à la substitution de la QPC au contrôle de caducité » opéré par le Conseil d'Etat¹¹⁹, l'argument selon lequel le législateur d'avant 1958 ne pouvait, à proprement parler, méconnaître la compétence que lui confère l'article 34 ne tient pas. Et pour cause : il est valable non seulement pour toutes les dispositions comprises dans le corps de la Constitution, mais encore pour tous les droits et libertés que la Constitution garantit – le législateur d'avant 1958 était souverain. La démonstration repose donc sur une conception procédurale de l'incompétence négative que le Conseil a rejetée à partir du moment où il a constaté qu'elle pouvait porter atteinte à un droit substantiel.

Jérôme Roux relève d'ailleurs que « le fait qu'au moment de la promulgation de la loi, la compétence législative était sans borne, de sorte que la notion même d'incompétence négative n'aurait eu à l'époque aucun sens, n'exclut nullement que l'exercice incomplet de cette compétence soit, après 1958, devenu inconstitutionnel. » Mais surtout, si la loi antérieure à 1958 a directement pour objet la protection du droit ou de la liberté constitutionnel en cause, alors même qu'elle ne le protégerait pas suffisamment aux yeux du Conseil constitutionnel,

¹¹⁷ Cons. 10 : « Considérant, en premier lieu, que le législateur tient de l'article 34 de l'article 34 de la Constitution ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ; que les dispositions de la loi du 2 juin 1891 relatives aux sanctions pénales sont suffisamment précises et, par suite, ne méconnaissent pas ces exigences ».

¹¹⁸ Jérôme ROUX, « QPC et contrôle de caducité des dispositions législatives incompatibles avec une norme constitutionnelle postérieure », *La Semaine Juridique Edition générale*, n°51, 20 décembre 2010, p. 1285.

¹¹⁹ Voir infra.

elle fera malgré tout écran entre l'acte réglementaire et la Constitution aux yeux du Conseil d'Etat, donc elle s'appliquera. Ce dernier retrouvera cependant sa compétence si la disposition se borne à renvoyer au pouvoir réglementaire, la théorie de la loi écran étant alors insusceptible de s'appliquer¹²⁰. C'est peut être la compétence du Conseil d'Etat à l'égard des règlements intervenant en application des habilitations législatives antérieures à la Constitution de 1958 que le Conseil constitutionnel a souhaité respecter, dans le souci de relations harmonieuses avec les autres ordres de juridiction.

Cependant, si la jurisprudence relative à l'incompétence négative du législateur, d'un point de vue éminemment politique, confiée à la représentation nationale la charge qui devrait toujours être la sienne en démocratie parlementaire, elle demeure problématique en ce qui concerne les relations du Conseil constitutionnel avec le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

B. Une jurisprudence problématique du point de vue des relations entre les juridictions

On sait la controverse qui a pu avoir lieu entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel sur le point de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois *a posteriori* impliquait celui de leur mise en œuvre effective par les juges ordinaires. Le Conseil a très clairement affirmé « qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »¹²¹. On a ainsi pu estimer que « le Conseil constitutionnel (avait) adopté la théorie du « droit vivant » »¹²² (1). En matière d'incompétence négative cependant, la jurisprudence ne semble pas toujours cohérente avec cette position : le Conseil refuse en effet de prendre en compte la jurisprudence des juges ordinaires qui serait venue combler les lacunes de la loi, parce que c'était au législateur de prévoir les garanties et à nul autre (2). Cette dualité n'est pas sans poser certaines interrogations du point de vue de la bonne entente des trois ordres de juridiction.

¹²⁰ *Op. Cit.* : « Ce renoncement sera sans remède, lorsque la compétence législative incomplètement exercée a directement pour objet la garantie de ce droit ou de cette liberté et s'analyse elle-même comme l'instrument formel de cette garantie. Il pourra en revanche y être remédié dans les autres cas, car si le renvoi au pouvoir réglementaire emporte indirectement un risque de violation des droits et libertés, notamment du principe d'égalité comme en l'espèce, il appartiendra au juge de la légalité des actes réglementaires de veiller à ce que ce risque ne se concrétise pas, la simple habilitation législative sur le fondement de laquelle ces actes ont été adoptés, n'étant évidemment pas susceptible de faire écran à ce contrôle. Les droits et libertés allégués ne sont pas alors privés de toute protection juridictionnelle. Mais le juge garant de cette protection ne sera pas celui que l'on attendait. »

¹²¹ Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié], JO du 7 octobre 2010, p. 18154., Cons. 2.

¹²² Bertrand MATHIEU, « Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité, 7 septembre-3 novembre 2010 », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n°47, 22 novembre 2010, p. 1163.

1. La prise en compte de la jurisprudence des juges ordinaires pour contrôler la constitutionnalité de la mise en œuvre de la loi

Le Conseil constitutionnel contrôle donc la loi selon l'interprétation constante qui en est faite par les juridictions. Les constitutionnalistes s'accordent à dire qu'on ne peut nier que c'est un motif essentiel de l'introduction du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* que de protéger effectivement les citoyens d'une atteinte à leurs droits et libertés fondamentaux qui peut ne se révéler que dans l'application de la loi. L'interprétation que le Conseil a faite de l'article 61-1 de la Constitution était donc une des conditions de l'effectivité de la réforme et elle est globalement saluée. Les premières réticences de la Cour de cassation résidaient cependant dans la crainte de se voir désormais placée en situation d'infériorité par rapport au juge constitutionnel qui « s'arrogeait » la compétence de « casser » sinon formellement, au moins matériellement, une jurisprudence établie par elle, et donc sous le couvert de contrôler la constitutionnalité de la loi, de s'ériger en Cour suprême, y compris d'un point de vue jurisprudentiel. L'argument est loin d'être inadmissible.

Cependant, il ne semble pas que le *contrôle* de la jurisprudence des juges ordinaires soit la seule manière pour le Conseil de prendre en compte le droit vivant. Dès la deuxième décision de mise en œuvre de cette jurisprudence, force est de constater qu'il n'a pas *contrôlé* la constitutionnalité de l'interprétation du juge ordinaire, il s'en est servi comme d'un paramètre de contrôle. Dans la décision *Compagnie agricole de la Crau*¹²³ en effet, le juge constitutionnel, après avoir rappelé la décision du 27 juillet 2009¹²⁴ (figurant d'ailleurs dans les visas) par laquelle le Conseil d'Etat « a jugé (que) « (...) la loi du 30 avril 1941 doit être regardée, non comme ayant approuvé des obligations réciproques dont auraient pu librement convenir les parties aux conventions, mais comme ayant imposé à la Compagnie agricole de la Crau (...) un prélèvement obligatoire de caractère fiscal » »¹²⁵ et que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »¹²⁶, estime que « la disposition litigieuse doit être regardée comme (...) instituant une des impositions de toutes natures au sens de l'article 34 de la Constitution »¹²⁷. C'est-à-dire que le juge constitutionnel entérine l'interprétation du Conseil d'Etat pour estimer que l'obligation découle d'une disposition fiscale et donc législative, susceptible de faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *sa part*.

C'est ainsi plus une déférence à l'égard de l'interprétation du Conseil d'Etat qui émane de la décision, qu'un éventuel contrôle de cette interprétation. D'une part, le Conseil aurait pu entériner la position du juge administratif sans faire expressément référence à sa

¹²³ Décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau* [Imposition due par une société agricole], JO du 15 octobre 2010, p. 18540.

¹²⁴ CE, Sect., 27 juillet 2009, *Compagnie agricole de la Crau*, n° 295637, Rec.

¹²⁵ Cons. 3.

¹²⁶ Cons. 4.

¹²⁷ Cons. 5.

décision, et dans les motifs, et dans les visas, ni adopter un raisonnement syllogistique aussi limpide : « ...il s'ensuit que (...) la disposition doit être regardée... »¹²⁸. D'autre part, il est assez déstabilisant de voir le Conseil constitutionnel rappeler que tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective donnée à une disposition législative, alors que ce n'est nullement la disposition telle qu'interprétée par le Conseil d'Etat qui est susceptible d'être inconstitutionnelle, c'est seulement la qualification juridique donnée par la juridiction administrative (caractère législatif) qui rend le Conseil constitutionnel compétent pour en contrôler la constitutionnalité.

On a donc là un dialogue apaisé entre les deux juridictions sans que ni l'une ni l'autre ne puisse se sentir sous contrôle, et ce au bénéfice des droits des justiciables¹²⁹ : comme le souligne Jérôme Roux¹³⁰, le Conseil d'Etat n'a pas vu de contradiction à estimer, le 27 juillet 2009, que la disposition législative ne pouvait être considérée comme abrogée par la Constitution du 4 octobre 1958 – le contrôle de caducité est bien moins exigeant que le contrôle de constitutionnalité à proprement parler – et à considérer, le 15 juillet 2010¹³¹, que la question de sa constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution présentait un caractère sérieux. Un moyen qui a d'ailleurs amené le juge constitutionnel à censurer.

Cette jurisprudence présente donc deux volets : d'un côté, certes, elle peut permettre le contrôle de l'interprétation donnée par la jurisprudence d'une disposition législative, de l'autre, il en émane plutôt une déférence à l'égard de cette interprétation. Il semble que ce soit la « bonne entente » avec le juge administratif qui ait conduit le Conseil constitutionnel à faire une exception à la substitution de la question prioritaire de constitutionnalité au contrôle de caducité concernant l'incompétence négative du législateur. Dans une décision précédente en effet, Association sportive Football Club de Metz¹³², le Conseil estime que le moyen tiré de l'incompétence négative ne saurait être soulevé à l'égard d'une disposition antérieure à la Constitution de 1958 selon un raisonnement critiquable¹³³. Le moyen tiré de l'incompétence négative est le seul à faire l'objet d'une restriction pour les lois antérieures à 1958. Il semble que la justification résulte de l'exigence de bonne administration de la justice, mais aussi

¹²⁸ Cons. 5.

¹²⁹ Il faut cependant admettre que cette configuration vaut à l'égard des relations avec le Conseil d'Etat, mais non avec la Cour de cassation.

¹³⁰ *Op. Cit.* : « ... le Conseil d'État peut être amené à se prononcer sur le renvoi d'une QPC à l'encontre d'une disposition législative au sujet de laquelle il a auparavant exercé le contrôle de caducité et ce, quelle qu'ait été l'issue de ce contrôle. En l'espèce, le fait d'avoir conclu dans l'arrêt du 27 juillet 2009 que les dispositions de la loi de 1941 ne pouvaient être considérées « comme inconciliables », notamment avec le principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt, ni par conséquent être tenues pour « implicitement abrogées », ne l'a pas empêché d'admettre ensuite le « caractère sérieux » du moyen tiré de la méconnaissance par la loi de ce principe. Un moyen si sérieux qu'il conduisit le Conseil constitutionnel à déclarer la loi en cause inconstitutionnelle, preuve que le contrôle (préjudiciel ou non) de constitutionnalité est bien plus rigoureux que le contrôle de caducité. »

¹³¹ CE, Sect., 15 juillet 2010, Compagnie agricole de Crau, n°322419, Inédit au Recueil Lebon.

¹³² *Op. Cit.*, Décision n°2010-28 QPC.

¹³³ Voir supra.

d'une certaine déférence à l'égard de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui refuse systématiquement de considérer que les lois d'habilitation auraient été abrogées par l'article 34 de la Constitution de 1958, même lorsqu'elles délèguent une compétence qui relève désormais du pouvoir législatif¹³⁴. De ce point de vue donc, force est de constater que le Conseil constitutionnel a adopté une jurisprudence respectueuse de l'équilibre fondé par le Conseil d'Etat dans un souci de stabilité juridique. La solution contraire aurait été d'application difficile puisque le juge constitutionnel n'aurait été compétent que dans le cas où un droit ou une liberté aurait été atteint. La prise en compte des jurisprudences des juges ordinaires peut donc impliquer tout autant le contrôle que le refus du contrôle de l'incompétence négative du législateur.

Surtout, la censure sur ce motif est susceptible de préserver la bonne entente entre les deux ordres juridictionnels et le Conseil constitutionnel, ce dernier, même lorsqu'il contrôle effectivement les interprétations qui ont été faites de la loi, pouvant présenter la décision comme ne censurant pas la loi telle qu'interprétée par les juges ordinaires, mais comme étant insuffisamment précise ou comme n'ayant pas prévu les garanties de nature à exclure l'arbitraire des autorités juridictionnelles, sans nécessairement le dire bien entendu. On a en effet pu constater les formulations parfois très ambiguës des censures fondées sur l'incompétence négative dans le contrôle *a priori*, très ambiguës mais fort habiles.

La censure pour incompétence négative a en effet pour objectif de dire que ce n'est pas que la loi vient directement porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux, mais que la représentation démocratique n'a pas suffisamment exercé sa compétence pour exclure l'arbitraire. Le Conseil constitutionnel renvoie au législateur en estimant qu'il n'a pas un pouvoir d'appréciation de même nature que le Parlement. Dans le contrôle *a posteriori*, il pourrait émettre sa censure sous la même forme : ce n'est pas que la loi telle qu'interprétée par le juge ordinaire – et donc, ce n'est pas que l'interprétation de la loi par le juge ordinaire – a porté positivement atteinte à la Constitution, c'est que le législateur n'avait pas prévu de

¹³⁴ Jérôme ROUX, *Op. Cit.* : « Formulée au sujet du seul moyen tiré de l'incompétence négative du législateur, la restriction temporelle ainsi apportée au champ de la QPC et reprise exactement dans les mêmes termes par le Conseil d'Etat dans son office de filtrage, obéit à des considérations qui lui sont propres. En effet, elle est sans doute inspirée par la volonté, dans un souci de stabilité juridique, de ne pas ouvrir la voie à la remise en cause des habilitations conférées avant 1958 par le législateur au pouvoir réglementaire, dans des matières qui depuis lors relèvent du domaine de la loi et, par là, de ne pas contrarier la jurisprudence administrative, inspirée par la même préoccupation, selon laquelle la Constitution nouvelle « est sans influence » sur le pouvoir que le Gouvernement tire de ces habilitations. Elle peut tenir aussi à la recherche d'une bonne administration de la justice dans le traitement d'un moyen, l'incompétence négative, qui n'est que partiellement invocable dans le cadre de la QPC. Refuser systématiquement de connaître d'un tel moyen lorsqu'il est soulevé à l'encontre d'une disposition législative antérieure à l'avènement de la distinction constitutionnelle entre les domaines législatif et réglementaire, vise alors à éviter que l'appréciation de sa pertinence soit partagée entre deux juges différents, agissant dans deux cadres procéduraux distincts : le juge constitutionnel, au titre du contrôle de constitutionnalité sur renvoi, dans le cas où l'incompétence négative affecte un droit ou une liberté constitutionnel ; le juge administratif, juge de l'action et de l'exception, au titre du contrôle de caducité (qui conclura systématiquement au constat de l'absence d'abrogation), dans le cas contraire. »

garanties suffisantes à l'exercice des droits et libertés constitutionnels. Le procédé cumule l'avantage de mettre la représentation démocratique face à ses responsabilités et celui de ménager la susceptibilité légitime des deux cours suprêmes. Simultanément, en renvoyant explicitement au législateur, le Conseil constitutionnel se place du côté juridictionnel puisque ni les juges ordinaires, ni lui-même, n'ont à « compléter » la loi pour la rendre conforme à la Constitution. C'est au Parlement de le faire.

On pourrait arguer que la censure pour incompétence négative ne se différencie que passablement de la censure sur un autre motif d'inconstitutionnalité puisqu'en tout état de cause, c'est d'une disposition législative que le Conseil est saisi, et que c'est donc une disposition législative qu'il censure. Le Conseil n'a bien entendu jamais censuré formellement l'interprétation donnée par les juges ordinaires elle-même. Mais comme dans le contrôle *a priori*, tout l'intérêt réside dans la rhétorique puisque avec l'incompétence négative, l'appel au législateur est explicite.

Le recours à l'incompétence négative du législateur est ainsi la figure inversée des réserves d'interprétation par lesquelles le Conseil constitutionnel évite la censure en complétant lui-même la loi. Sans aucun doute, la technique des réserves d'interprétations est plus difficilement admissible pour le juge ordinaire. Dans sa décision n°2011-127 QPC¹³⁵, après avoir constaté que, d'après l'interprétation de la Cour de cassation, « sont seules applicables à tous les bénéficiaires des prestations du régime social des gens de mer les dispositions de leur régime spécial, lequel ne prévoit aucun recours contre l'armateur en raison de sa faute inexcusable »¹³⁶, le Conseil considère que les « dispositions ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, être interprétées comme faisant, par elles-mêmes, obstacle à ce qu'un marin victime (...) d'un accident du travail imputable à une faute inexcusable de son employeur puisse demander (...) une indemnisation complémentaire (...) sous cette réserve, ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de responsabilité »¹³⁷. Ici, c'est très clairement l'interprétation de la Cour de cassation qui porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Et c'est peut être regrettable. La dérogation prévue par le législateur en ce qui concerne l'indemnisation des accidents du travail des gens de mer pouvait en effet légitimement s'interpréter comme excluant tout autre type de recours, surtout pour la Cour de cassation qui doit appliquer la loi et qui a toujours refusé d'en contrôler la constitutionnalité, mais aussi la caducité.

Il faut noter qu'ici par exemple, au moins d'un point de vue théorique¹³⁸, le recours à l'incompétence négative du législateur qui n'aurait pas prévu lui-même l'exception à la dérogation en cas de faute inexcusable de l'employeur aurait pu être salvateur pour la bonne

¹³⁵ Décision n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011, Consorts C. [Faute inexcusable de l'employeur : régime spécial des accidents du travail des marins], JO du 7 mai 2011, p. 7851.

¹³⁶ Cons. 4.

¹³⁷ Cons. 9.

¹³⁸ Le Conseil avait en réalité peu de marge de manœuvre puisqu'il avait déjà émis une réserve dans sa décision n°2010-8 QPC, dont il a dû « faire application » dans la présente décision n°2010-27 QPC : Décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, Époux L. [Faute inexcusable de l'employeur], JO du 19 juin 2010, p. 11149.

entente des juridictions. Le requérant invoquait d'ailleurs l'article 34 de la Constitution, quoique la Cour de cassation estimait la question sérieuse du point de vue du droit d'agir en responsabilité découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789 et du principe constitutionnel d'égalité. Le recours aux réserves d'interprétation évite sans aucun doute l'engorgement du Parlement lui-même.

Toute la difficulté de la prise en compte de la jurisprudence des juges ordinaires est qu'une fois encore, une exception semble être réservée au cas de l'incompétence négative du législateur : le Conseil constitutionnel semble considérer qu'une interprétation conforme à la Constitution ne peut pallier le défaut de garanties légales.

2. Le refus de prendre en compte la jurisprudence des juges ordinaires palliant le défaut de garanties de la loi

La première décision de censure sur le fondement de l'incompétence négative du législateur dans le contrôle *a posteriori* de la loi, à propos des cessions gratuites de terrains¹³⁹, a appelé deux remarques à peu près unanimes des auteurs : le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur l'atteinte au droit de propriété et il n'a pas pris en compte les garanties réglementaires et jurisprudentielles qui venaient pallier leur défaut dans la loi. En premier lieu, il faut constater que ces deux remarques vont bien dans le sens de la thèse selon laquelle le fait qu'un droit soit *affecté* par une disposition constitutionnelle ne signifie pas nécessairement qu'il y est *porté atteinte*, et donc qu'on pourrait voir dans l'incompétence négative un droit du citoyen à l'édiction démocratique de la norme, au moins lorsqu'elle concerne les droits constitutionnels. En effet, si le Conseil ne s'est pas prononcé sur l'atteinte au droit de propriété, en la constatant ou non – notamment il n'a pas dit si les cessions gratuites de terrains constituaient bien des privations de propriété – *a fortiori*, il n'a pas estimé qu'il y avait effectivement atteinte. Ensuite, s'il n'a pas pris en compte les garanties réglementaires et jurisprudentielles qui venaient pallier le défaut de la loi, c'est-à-dire qui interdisaient l'atteinte excessive au droit de propriété, c'est bien que l'intervention législative vaut en soi, et que le fait que les droits soient effectivement protégés par le règlement et par le juge ne suffit pas à rendre inutile la censure pour incompétence négative du législateur. Là encore, le justiciable semble en droit d'exiger que ce soient les élus de la Nation qui se prononcent.

Sur le premier point donc, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur l'atteinte au droit de propriété. En effet, dans le troisième considérant, il cite l'article 17 de la Déclaration de 1789 puis l'article 34 de la Constitution qui fait notamment obligation à la loi de déterminer les principes fondamentaux « de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources... du régime de la propriété », avant

¹³⁹ Décision n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, Société Esso SAF [Cession gratuite de terrain], JO du 23 septembre 2010, p. 17292.

de considérer que l'article en cause « attribue à la collectivité publique le plus large pouvoir d'appréciation sur l'application de cette disposition et ne définit pas les usages publics auxquels doivent être affectés les terrains ainsi cédés ; qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 de la Déclaration de 1789 »¹⁴⁰ et que le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence. Aucune disposition *législative* n'institue de garanties suffisantes, mais cela ne signifie pas qu'il soit effectivement porté atteinte au droit de propriété, ni même que les garanties n'existent pas dans l'ordre juridique. Certains auteurs fustigent cette omission¹⁴¹, d'autres soulignent que dès lors, il s'abstient de répondre à la Cour de cassation tout en répondant à une question qu'elle ne lui posait pas¹⁴². Mais ne pas répondre à la question de l'atteinte effective au droit en cause, tel est l'objectif du Conseil lorsqu'il utilise l'incompétence négative du législateur. L'argument est d'autant plus fort qu'il a soulevé le moyen d'office : il souhaitait absolument échapper à la question, mais faut-il le rappeler, en donnant la parole à la représentation démocratique.

Sur le second point, et c'est ici que la décision pourrait poser des problèmes au regard du dialogue des juges, le Conseil constitutionnel ne prend pas en compte les garanties réglementaires et surtout jurisprudentielles qui pourraient éviter l'atteinte au droit en cause. Evidemment ce second point est lié au premier : s'il n'exige pas d'atteinte effective, c'est bien que pour lui, l'important est que les garanties figurent dans la loi et nulle par ailleurs. C'est cependant ce qui cause l'étonnement de la doctrine. À l'origine, les cessions gratuites de terrains étaient de pure pratique : les collectivités publiques faisaient pression de manière parfois abusive sur les promoteurs pour échanger un éventuel permis de construire, par exemple, contre une partie de leurs terrains, en dehors de tout cadre législatif et réglementaire. Le législateur intervint en 1957 en habilitant le gouvernement, par l'article 26 de la n°57-908 du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs, à édicter un régime des cessions gratuites. Cette habilitation fut mise en œuvre par deux décrets du 27 et du 31 décembre 1958¹⁴³ dont les garanties furent renforcées par un nouveau décret du 30 avril 1961¹⁴⁴. La loi n°67-1253 du 30 décembre 1967 légalisa la matière en « recopiant en partie le décret ». Une nouvelle loi intervint en 1985 qui reprit notamment la limite de 10%. Insuffisamment selon le Conseil constitutionnel. Certes pour Marcel Moritz, « il n'en demeure pas moins que le texte gardait en grande partie son vice originel. Seule la lecture des dispositions réglementaires du Code de l'urbanisme permettait de cerner les véritables limites de cette cession gratuite »¹⁴⁵. Mais elles existaient. Les auteurs s'accordent à

¹⁴⁰ Cons. 4

¹⁴¹ Frédéric ROLIN, *Op. Cit.*

¹⁴² Elise CARPENTIER, « La QPC sur la cession gratuite de terrain ou la suite du dialogue de sourds entre les hautes juridictions françaises », *Recueil Dalloz*, 2011, n°2, p. 136-140.

¹⁴³ Décrets n°58-1456 et n°58-1457.

¹⁴⁴ Décret n°61-1298.

¹⁴⁵ Marcel MORITZ, « Inconstitutionnalité de la cession gratuite de terrain prévue par l'article L. 332-6-1 du Code de l'urbanisme », *Environnement*, n°12, 2010, p. 36-38 : « L'article R. 332-15 (sur ces dispositions, V. P. Galan, Les cessions gratuites de terrains de l'article R. 332-15 du Code de

dire que le seul grief qui peut dès lors leur être fait, c'est de ne pas figurer dans la loi¹⁴⁶. Frédéric Rolin estime que la censure repose « sur une conception de la répartition des compétences entre le législateur et l'autorité réglementaire particulièrement restrictive (...) et qui au bout du compte conduit à censurer un dispositif qui, semble-t-il, remplissait toutes les conditions que souhaitait le Conseil constitutionnel, sauf que ces conditions n'avaient pas été posées par la bonne autorité »¹⁴⁷.

Mais surtout, c'est la jurisprudence du Conseil d'Etat que ne prend pas en compte le Conseil constitutionnel. Ou pour mieux dire, le Conseil ne prend pas en compte la combinaison des dispositions réglementaires et de la jurisprudence du Conseil d'Etat y afférente qui ne présentait pas de caractère liberticide, ce qui implique des interrogations du point de vue du dialogue des juges. Marcel Moritz souligne ainsi que « peu importe également le contrôle rigoureux par le juge administratif de la précision du projet de l'administration, de sa conformité à l'intérêt général, de sa finalité (cette dernière ne pouvant être que l'élargissement, le redressement ou la création de voies publiques) ou encore du respect de la superficie maximale de 10 %. Ces garanties juridictionnelles, bien que louables, ne sauraient se substituer à la carence du législateur. »¹⁴⁸ Neyla Gonzalez-Gharbi constate que « l'imprécision de la loi ne peut valablement être corrigée (...) par la jurisprudence protectrice du Conseil d'Etat »¹⁴⁹, et Elise Carpentier va même jusqu'à parler d'« une négation du droit vivant, mêlée à une conception extrêmement pointilleuse et formaliste de la réserve de loi »¹⁵⁰. La censure pourrait cependant être interprétée autrement : le fait que le Conseil omette volontairement de se prononcer sur l'atteinte au droit de propriété, qui est d'ailleurs fustigée par les mêmes auteurs, peut valoir reconnaissance que la jurisprudence du Conseil d'Etat n'était pas attentatoire et même plutôt salvatrice pour les libertés, mais que c'est à la

l'urbanisme. Une contribution financière aux incidences patrimoniales publiques et privées multiples, op. cit.) dudit code dispose ainsi que « L'autorité qui délivre le permis de construire ou le permis d'aménager portant sur un lotissement ne peut exiger la cession gratuite de terrains qu'en vue de l'élargissement, du redressement ou de la création des voies publiques, et à la condition que les surfaces cédées ne représentent pas plus de 10 % de la surface du terrain faisant l'objet de la demande. Toutefois, cette possibilité de cession gratuite est exclue lorsque le permis de construire concerne un bâtiment agricole autre qu'un bâtiment d'habitation. Si un coefficient d'occupation du sol a été fixé, la superficie des terrains ainsi cédés gratuitement est prise en compte pour le calcul des possibilités de construction. Il en est de même pour la définition de la densité d'une construction au regard du plafond légal. Ces dispositions ne font pas obstacle à l'application de l'ensemble des autres règles et servitudes d'urbanisme ». Ce texte est essentiel, notamment en ce qu'il permet de limiter fortement la nature des usages publics envisageables sur le terrain objet de la cession. »

¹⁴⁶ Jean-Bernard AUBY, « Procédés de l'urbanisme ordinaire au crible de la QPC », *Droit administratif*, n°11, Novembre 2010, Repère 10 : « Il suffira apparemment de rehausser ces dispositions au niveau législatif. » ; dans le même sens, Marcel Moritz, *Op. Cit.*

¹⁴⁷ *Op. Cit.*, p. 2387.

¹⁴⁸ *Op. Cit.*

¹⁴⁹ Neyla GONZALEZ-GHARBI, « Abrogation pour inconstitutionnalité, Cession gratuite de terrain », *Construction – Urbanisme*, n°11, Novembre 2010, comm. 148, également en ce sens Anne-Marie Le Pourhiet, *Op. Cit.*

¹⁵⁰ *Op. Cit.*

représentation démocratique de déterminer par exemple la nature des « intérêts publics » susceptibles de justifier les cessions gratuites.

Il faut cependant convenir qu'il peut y avoir quelque chose de désobligeant pour les hautes juridictions de voir leurs interprétations intégrées à la disposition législative lorsqu'elles sont susceptibles de la rendre inconstitutionnelle, mais proprement oubliées lorsqu'elles viennent pallier les carences de la loi. C'est notamment très contradictoire avec la motivation selon laquelle le législateur doit épuiser sa compétence pour préserver les sujets de droit de tout risque d'arbitraire : si le risque d'arbitraire a été effectivement et de manière constante écarté par les autorités d'application, il serait de bon ton de le constater, au moins au regard de la déférence due aux autres juridictions.

Bruno Genevois soulignait déjà en 1985 le refus du Conseil constitutionnel de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de cassation. Le délit de malversation a été introduit en droit français par une loi du 28 mai 1838. La Cour de cassation avait estimé que par le terme de « malversation », il fallait entendre « une faute commise par tout syndic dans sa gestion et révélant sa volonté d'enfreindre ses obligations vis-à-vis d'un débiteur ou de la masse »¹⁵¹. « Sans doute aurait-il pu être soutenu que la loi sur le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises avait implicitement entériné la définition jurisprudentielle du délit de malversation. »¹⁵² – encore que l'on puisse exiger de la définition des délits qu'elle figure dans la loi elle-même – « Par sa décision n°84-183 DC du 18 janvier 1985, le Conseil constitutionnel a choisi une position plus rigoureuse, qui est, au demeurant, très orthodoxe. » Il a déclaré l'article en cause non conforme à la Constitution « au motif que, pas plus que les lois du 28 mai 1838 et du 4 mars 1889, il ne détermine les éléments de l'infraction qu'il vise à réprimer. »

En 1985, Bruno Genevois qualifiait donc la décision d'« orthodoxe ». Elle se justifiait plus aisément cependant dans le cadre du contrôle *a priori*. Mais alors que l'article 61-1 a expressément prévu que c'était les droits et libertés des citoyens qui devaient être garantis par la QPC, la prise en compte de leur garantie effective par les juridictions ordinaires semble s'imposer d'autant plus. À moins qu'il n'y ait effectivement là un droit du citoyen à voir édicter par la représentation nationale les conditions de l'exercice de ses droits et libertés...¹⁵³

¹⁵¹ Cass. Crim., 11 juin 1979, Bull. n°200.

¹⁵² Bruno GENEVOIS, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1985 », *AJJC*, 1985, p. 414.

¹⁵³ Elise Carpentier juge inversement que c'est « de façon pour le moins étonnante » que le Conseil constitutionnel, dans la décision n°2010-5 QPC, a jugé, que « que les dispositions de l'article 14 de la Déclaration de 1789, relatives au consentement à l'impôt et mises en oeuvre par l'article 34 de la Constitution, n'instituent pas un droit ou une liberté invocable dans le cadre de la QPC », *Op. Cit.*

En conclusion, le recours à l'incompétence négative du législateur dans le contrôle *a posteriori* de la loi présente un bilan mitigé¹⁵⁴ certainement dû aux tâtonnements inévitables de la première année de mise en œuvre d'une réforme. La reconnaissance du droit de soulever ce grief aux justiciables qui sont aussi des citoyens porte cependant en germe des développements qui pourraient être salvateurs au regard de la combinaison prétendument insoluble entre Etat de droit et démocratie. L'incompétence négative du législateur constatée *a posteriori* rapproche le citoyen non seulement de sa Constitution mais aussi de ses institutions politiques. La question prioritaire de constitutionnalité n'apparaît dès lors plus comme l'ultime pas vers la *soumission* de la loi à un droit certes protecteur mais dont importe peu la source démocratique, mais comme un moyen de renvoyer, d'une façon qui pourrait être fort habile, la protection des droits et libertés des citoyens vers ceux qu'ils ont élus. Réciproquement, l'incompétence négative du législateur utilisée avec intelligence serait susceptible, dans certains cas, de créer un climat d'apaisement entre les trois ordres de juridictions, qui ne disposent, ni l'un, ni les autres, d'« un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ».

¹⁵⁴ Et notamment du fait du refus d'intégrer le consentement même indirect à l'impôt de l'article 14 de la Déclaration de 1789 mais surtout l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi parmi les droits et libertés que la Constitution garantit.