



## **COLLOQUE DU CINQUANTENAIRE**

DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

**- 3 Novembre 2008 -**

« L'enrichissement des techniques de contrôle »

**Communication de Bruno GENEVOIS  
Président de section au Conseil d'État**

A titre liminaire, il convient de préciser la portée du sujet. Les compétences du Conseil constitutionnel sont nombreuses et diverses comme l'atteste le récapitulatif de ses décisions effectué chaque semestre par « les cahiers » du Conseil. Pas moins de vingt-deux rubriques différentes sont recensées, sans compter les nouveaux chefs de compétence qui seront concrétisés par les lois organiques consécutives à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : contrôle du respect par une proposition de loi soumise à référendum sur initiative conjointe d'un cinquième de parlementaires et d'un dixième d'électeurs du respect des conditions posées par le troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution ; contrôle des conditions de dépôt des projets de loi prévu par le troisième alinéa de l'article 39 ; institution de la question préjudicielle de constitutionnalité sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation.

Même s'il eût été intéressant de montrer comment le Conseil constitutionnel s'est efforcé d'adapter ses modes de contrôle à la spécificité de chacune de ses attributions, selon qu'elles ont ou non un caractère juridictionnel et dans ce dernier cas, suivant que le Conseil intervient comme juge de plein-contentieux (en matière électorale) ou comme juge du respect de la hiérarchie des normes, une telle démarche m'aurait conduit trop loin.

Aussi ai-je choisi de limiter mon propos au contrôle de constitutionnalité des normes opéré par le Conseil et plus encore de privilégier le contrôle de constitutionnalité des lois avant leur promulgation prévu et organisé par l'article 61 de la Constitution, tel qu'il a été modifié par la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974.

Ainsi délimité, ce contrôle a donné lieu par le passé à des présentations doctrinales marquantes. On songe à la réponse faite par le Professeur Pierre Delvolvé à la question de savoir s'il existe un contrôle de l'opportunité du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat et à sa réponse : il n'y a jamais de contrôle de l'opportunité, mais il y a toujours de l'opportunité dans le contrôle<sup>1</sup>. Plus près de nous, on ne peut manquer de se référer à la présentation faite par le Doyen Vedel dans un article intitulé : « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif »<sup>2</sup>. L'éminent auteur s'était attaché à montrer que le Conseil, sans être saisi d'un recours, n'en était pas moins un juge de l'excès de pouvoir législatif.

D'autres analyses ont enrichi encore la réflexion, qu'il s'agisse du contrôle de proportionnalité<sup>3</sup> ou de la systématisation des cas d'ouverture du contrôle de la constitutionnalité des lois<sup>4</sup>.

Notre conception du sujet sera sans doute moins doctrinale. S'il est vrai que, comme l'a écrit le Président Jean-Louis Debré, le Conseil constitutionnel est une « réussite inattendue » de la V<sup>ème</sup> République<sup>5</sup> cela tient à ce que, par sa jurisprudence, il a su s'insérer au mieux dans le cadre institutionnel préexistant. A certains égards, ce cadre lui était défavorable en raison de la tradition juridique française selon laquelle la loi est l'expression de la volonté générale. Mais il lui a également été loisible de s'inspirer de l'expérience du Conseil d'Etat dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Le Doyen Vedel mentionnait en la

---

<sup>1</sup> P. Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? » in « Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat ». Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat. LGDJ Montchrestien, Ed. 1988, p. 269.

<sup>2</sup> Cf. « Les Cahiers du Conseil constitutionnel » n° 1, p. 57, et n° 2, p. 77.

<sup>3</sup> Cf. les études de V. Goesel-Le Bihan, publiées respectivement à la RFDC (n° 70, 2007, p. 269) et dans les « Cahiers du Conseil constitutionnel » (n° 22, p. 141) ainsi que le rapport de Régis Fraisse lors du colloque de juin 2007 à l'Université de la Réunion.

<sup>4</sup> Cf. A. Vidal-Naquet, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de la constitutionnalité des lois », RFDA, Septembre-Octobre 2008.

<sup>5</sup> Cf. J.L. Debré, « Le Conseil constitutionnel : une réussite inattendue de la V<sup>ème</sup> République » in « Cinquantenaire de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République (Association française de droit constitutionnel », Dalloz, Ed. 2008, p. 309).

matière « des techniques de contrôle à la fois rigoureuses et respectueuses des limites de la fonction juridictionnelle qu'impliquent la démocratie et l'Etat de droit »<sup>6</sup>.

L'équilibre à trouver entre ces exigences est évidemment délicat. Le Président Badinter a fait valoir que le contrôle de constitutionnalité des lois est un art plus qu'une science<sup>7</sup>. Force est de constater que sur la période observée le contrôle de constitutionnalité s'est perfectionné (I). Mais ce contrôle n'en demeure pas moins perfectible (II).

## I. UN CONTRÔLE QUI S'EST PERFECTIONNÉ

Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel s'est développé et perfectionné selon des modalités qui ont permis son acceptation par les autres pouvoirs publics et, en particulier, le Parlement. Pour parvenir à ce résultat, les modalités mises en œuvre se sont situées à deux niveaux différents, mais en réalité complémentaires : l'étendue du contrôle, les effets du contrôle.

### A. **La modulation de l'étendue du contrôle**

Le contrôle exercé a été modulé afin de concilier au mieux la rigueur qu'impose le respect de la hiérarchie des normes et un minimum de souplesse. Cela se vérifie aussi bien pour la constitutionnalité externe (respect des règles de procédure et de compétence) que pour la constitutionnalité interne (respect des règles de fond).

#### 1. La constitutionnalité externe

S'agissant du contrôle de constitutionnalité externe, le Conseil n'a pas fait prévaloir de façon mécanique les règles du parlementarisme rationalisé. Trois séries d'hypothèses doivent ici être distinguées :

a) Il est des cas où le Conseil s'est borné à appliquer purement et simplement ce qu'il a appelé, depuis sa décision n° 75-57 DC du 23 juillet 1975 concernant la loi sur la taxe professionnelle, les « *règles de valeur constitutionnelle de la procédure législative* ».

---

<sup>6</sup> G. Vedel, « Cahiers du Conseil constitutionnel », n° 2, p. 78.

<sup>7</sup> Déclaration de R. Badinter dans le film sur « Le Conseil constitutionnel » réalisé en 1991 par J.C. Tertrais et coproduit par le Centre audiovisuel des Universités de Paris et l'Ecole Normale Supérieure de Fontenay-Saint-Cloud.

A ce titre, les juges de la loi ont invalidé des dispositions législatives en raison de l'absence de la consultation exigée par la Constitution de certains organes extra-parlementaires : assemblée locale d'une collectivité d'outre-mer<sup>8</sup> ; Conseil économique et social<sup>9</sup> ; Conseil d'Etat<sup>10</sup>.

De même, a été censuré pour vice de procédure un empiétement de la loi sur le domaine d'intervention de la loi organique<sup>11</sup> ou d'une loi de finances<sup>12</sup>. Il y a également irrégularité de procédure lorsque sont incluses dans une loi de finances ou une loi de financement de la sécurité sociale des dispositions législatives n'ayant pas vocation à y figurer, appelées dans le premier cas « cavaliers budgétaires »<sup>13</sup> et, dans le second, « cavaliers sociaux »<sup>14</sup>.

Le Conseil s'est aussi attaché à faire respecter la priorité d'examen de l'Assemblée nationale tant en matière de loi de finances<sup>15</sup> que de loi de financement de la sécurité sociale<sup>16</sup>.

b) Il y a, en deuxième lieu, des cas où le juge constitutionnel *a atténué la portée concrète des règles du parlementarisme rationalisé*.

Les manifestations en sont diverses. La plus notoire est illustrée par la décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982<sup>17</sup> par laquelle le Conseil s'est refusé à censurer un empiétement du législateur sur la compétence réglementaire dans le cadre du contrôle de la loi votée et non encore promulguée.

Une stratégie d'évitement comparable se retrouve à propos de l'article 40 de la Constitution frappant d'irrecevabilité les initiatives parlementaires qui auraient pour conséquence, soit une diminution des ressources publiques, soit l'aggravation d'une charge

<sup>8</sup> N° 80-122 DC du 22 juillet 1980, Rec. p. 49.

<sup>9</sup> N° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Rec. p. 12.

<sup>10</sup> N° 2003-468 DC du 3 avril 2003, Rec. p. 325.

<sup>11</sup> N° 84-177 DC du 30 août 1984, Rec. p. 66.

<sup>12</sup> N° 90-283 DC du 8 janvier 1991, Rec. p. 11.

<sup>13</sup> N° 81-136 DC du 31 décembre 1981, Rec. p. 48.

<sup>14</sup> N° 98-404 DC du 18 décembre 1998, Rec. p. 315.

<sup>15</sup> N° 76-73 DC du 28 décembre 1976, Rec. p. 41.

<sup>16</sup> N° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, Rec. p. 129.

<sup>17</sup> N° 82-143 DC du 30 juillet 1982, Rec. p. 57 ; « Grandes décisions du Conseil constitutionnel », 14<sup>ème</sup> Ed., p. 467.

publique. Une telle irrecevabilité ne peut être invoquée si elle a pu être soulevée au préalable au cours du débat parlementaire<sup>18</sup>.

Le Conseil a également atténué la portée concrète des règles relatives au vote personnel des parlementaires en n'envisageant de les sanctionner que si leur non respect a tout à la fois porté atteinte à la sincérité du scrutin et eut une incidence sur son issue<sup>19</sup>.

Le souci d'éviter un formalisme excessif l'a conduit enfin à ne pas incorporer les règlements des assemblées parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois<sup>20</sup>.

c) Une troisième série d'hypothèses est plus originale. Elle consiste pour le Conseil constitutionnel à *obliger le législateur à exercer pleinement la compétence qu'il tient de la Constitution* et spécialement de son article 34.

Une telle approche s'est manifestée tout d'abord à travers la censure de dispositions pour *incompétence négative* du législateur, lorsqu'il n'a pas épuisé la compétence qui lui est conférée par la Constitution<sup>21</sup>.

Elle est illustrée également par la jurisprudence qui fait obligation au législateur dans l'exercice de son pouvoir d'abrogation ou de modification des lois antérieures, de *ne pas priver de garanties légales des exigences à caractère constitutionnel*<sup>22</sup>.

Dans une phase ultérieure de sa jurisprudence, le Conseil a, sur le fondement soit de l'article 34 de la Constitution, soit des dispositions combinées de cet article et de celles des articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme, jugé que s'imposaient au législateur des exigences touchant à *la qualité* de la loi. Cela s'est traduit par l'obligation pour la loi de

---

<sup>18</sup> Cf. la décision de principe n° 77-82 DC du 20 juillet 1977, Rec. p. 37, et l'atténuation de sa portée devant le Sénat, faute pour le règlement de la Haute-Assemblée d'avoir institué une procédure de contrôle appropriée (n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, Rec. p. 129).

<sup>19</sup> N° 86-225 DC du 23 janvier 1987, Rec. p. 13.

<sup>20</sup> Cf. n° 78-97 DC du 27 juillet 1978, Rec. p. 31.

<sup>21</sup> Apparue en matière de loi organique avec la décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967 (Rec. p. 19) ; « Grandes décisions », 14<sup>ème</sup> Ed., p. 175) cette jurisprudence a une portée générale (cf. J. Trémeau, « La réserve de loi : compétence législative et Constitution », Economica, P.U.A.M., Ed. 1997).

<sup>22</sup> Annoncée par la décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984 (Rec. p. 30) ; « Grandes décisions », 14<sup>ème</sup> Ed., p. 512) cette jurisprudence a été formalisée par la décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986 (Rec. p. 110).

revêtir un caractère normatif<sup>23</sup>, sous la seule réserve des lois de programme<sup>24</sup> et par la consécration d'un objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi<sup>25</sup>.

Dans ce contexte, la censure d'une loi votée apparaît le plus souvent comme une invitation faite au Parlement à mieux légiférer, sans empiétement du juge sur le pouvoir d'appréciation de la représentation nationale.

## 2. La constitutionnalité interne

S'agissant du respect des règles constitutionnelles autres que de compétence et de procédure, les juges de la loi ont ménagé le pouvoir d'appréciation du Parlement et modulé leur contrôle en conséquence.

a) Le respect du pouvoir d'appréciation du Parlement a été proclamé avec force par la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 : *« l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen »*<sup>26</sup>. La jurisprudence reste fidèle à cette orientation même si sa formulation a été légèrement modifiée à partir de la décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, selon laquelle le Conseil *« n'a pas un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement »*.

Participe de la même inspiration le refus du Conseil constitutionnel de sanctionner un éventuel détournement de pouvoir du législateur. Significative à cet égard est la décision n° 84-179 DC du 12 septembre 1984 concernant une loi sur l'abaissement des limites d'âge dans la fonction publique. Il avait été soutenu que l'abaissement de la limite d'âge dans les grands corps de l'Etat auquel procédait la loi avait moins pour but de les rajeunir que de favoriser certaines évictions et d'ouvrir davantage de possibilités de recrutement au tour

---

<sup>23</sup> N° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Rec. p. 72, « Grandes décisions », 14<sup>ème</sup> Ed., p. 898.

<sup>24</sup> N° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, Rec. p. 102.

<sup>25</sup> N° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Rec. p. 136.

<sup>26</sup> N° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Rec. p. 19 ; « Grandes décisions », 14<sup>ème</sup> Ed., p. 290.

extérieur. Le Conseil constitutionnel a écarté cette argumentation en estimant qu'elle portait « en réalité sur l'opportunité de la loi »<sup>27</sup>.

b) Ces limites une fois posées, le Conseil a cherché à moduler son contrôle. A cette fin, il a emprunté la distinction propre au droit administratif, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, entre le contrôle normal et le contrôle restreint.

Ainsi le Conseil a exercé un contrôle restreint sur la justification des nationalisations au regard de leur utilité publique et un contrôle normal sur la juste et préalable indemnité devant accompagner l'expropriation impliquée par la nationalisation<sup>28</sup>.

Une approche identique se retrouve pour ce qui est de l'application du principe de nécessité des peines énoncé par l'article 8 de la Déclaration de 1789. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel « *de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci* », dès lors que la loi n'est pas « *manifestement contraire* » à l'article 8 de la Déclaration. A l'inverse, l'obligation faite au législateur en vertu de l'article 8 « *de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* » est assujettie à un contrôle normal<sup>29</sup>.

Dans la mise en œuvre de la distinction entre les deux degrés de contrôle, le Conseil constitutionnel a fait preuve d'un très grand pragmatisme. Selon les espèces, il a pu donner le sentiment à la doctrine, soit de resserrer son contrôle comme cela s'est vérifié pour les lois de validation afin de prémunir la France d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme pour atteinte au droit au procès équitable, soit de desserrer les contraintes juridictionnelles, avec la décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure, postérieure au 11 septembre 2001<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Au titre du contrôle des mesures réglementaires d'application de la loi, le Conseil d'Etat a, en une circonstance, censuré un détournement de pouvoir (CE, 13 janvier 1995, syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration, Rec. p. 23, RDP 1995, 1095, note X. Prétot).

<sup>28</sup> N° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Rec. p. 18 ; « Grandes décisions », 14<sup>ème</sup> Ed., p. 401.

<sup>29</sup> Cf. la décision de principe n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 (Rec. p. 15) et pour des décisions de censure, sur le fondement d'un contrôle restreint (n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, Rec. p. 63) ou au titre d'un entier contrôle (n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, Rec. p. 32).

<sup>30</sup> Cf. V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », RFDC n° 70, 2007, p. 269, spécialement p. 283, où l'auteur se demande s'il n'y a pas un avant et un après 11 septembre 2001.

Toutefois, dans le dernier état de sa jurisprudence, et sans abandonner la distinction entre contrôle normal et contrôle restreint, le Conseil ne paraît pas insensible à certaines techniques de contrôle adoptées par d'autres juridictions constitutionnelles. Il convient ici de mettre l'accent sur la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 relative à la loi sur la rétention de sûreté, où est exercé sur une telle mesure, un contrôle de proportionnalité inspiré de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, contrôle incluant trois éléments : l'adéquation ; la nécessité ; la proportionnalité au sens strict<sup>31</sup>. Au regard de ce triple paramètre, les dispositions permanentes de la loi déferée n'ont échappé à la censure qu'au bénéfice de leur interprétation neutralisante par le juge.

De ce dernier point de vue se trouve mis en évidence un second aspect du perfectionnement des techniques de contrôle qu'il est possible de qualifier, à la suite d'un auteur, de « *gradation des verdicts* »<sup>32</sup>.

## B. La gradation des verdicts

La gradation des effets attachés aux décisions du Conseil constitutionnel n'est nullement commandée par les termes du premier alinéa de l'article 62 de la Constitution relatif aux incidences du contrôle a priori : « *une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application* ». L'obstacle à la promulgation vaut pour la loi organique ou la loi déclarée contraire à la Constitution et non pas « annulée » comme il est dit parfois bien à tort. L'impossibilité d'une « mise en application » vise l'hypothèse de l'inconstitutionnalité d'une disposition du règlement de l'une ou l'autre assemblée. Du texte de l'article 62 on peut inférer, a contrario, qu'une disposition de loi non contraire à la Constitution doit être promulguée par le Président de la République sauf à ce qu'il provoque une nouvelle délibération de la loi sur le fondement de l'article 10 de la Constitution<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Le commentaire de la décision aux « Cahiers du Conseil constitutionnel » (n° 24, p. 21) met en exergue la filiation avec la jurisprudence allemande. Le contrôle de proportionnalité puise effectivement ses sources dans le droit public germanique (cf. M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », AJDA, juin 1995, p. 156). Il a été consacré par la Cour de Karlsruhe dans l'affaire dite des « Pharmacies » (Bverfge, 7, 377) citée par R. Bousta « la spécificité du contrôle de proportionnalité français », RIDC 2007, p. 859).

<sup>32</sup> Cf. M.A. Cohendet, « Droit constitutionnel », 4<sup>ème</sup> Ed., Montchrestien Ed., p. 80.

<sup>33</sup> La nouvelle délibération de la loi au titre de l'article 10 ne peut intervenir que comme substitut à sa promulgation. Elle ne peut donc être mise en œuvre si la loi a été déclarée inconstitutionnelle soit dans son intégralité, soit pour une partie de ses dispositions non dissociables du reste du texte (cf. l'avis de la Commission permanente du Conseil d'Etat du 19 janvier 1982 sur le deuxième projet de loi de nationalisation).

Le Conseil constitutionnel ne s'est cependant pas laissé enfermer dans une logique du tout ou rien. La gradation des effets de ses décisions a été un moyen de mieux asseoir son contrôle. Certains procédés utilisés à cette fin, et en particulier le recours à des réserves d'interprétation, n'ont pas soulevé de difficulté majeure. Il en va autrement de l'effet différé d'une inconstitutionnalité qui est davantage controversé.

### 1. Des techniques de modulation à caractère consensuel

Nombre de procédés de « gradation des verdicts » se sont développés sans susciter de controverse.

a) Tel est le cas tout d'abord du recours à des *interprétations neutralisantes*. Il consiste à n'admettre la conformité à la Constitution d'une disposition de loi ou du règlement d'une assemblée qu'au prix de son interprétation dans un sens conforme aux exigences constitutionnelles. Le Conseil en a fait application d'abord en ce qui concerne le contrôle du règlement de l'Assemblée nationale<sup>34</sup> puis lors de l'examen de la constitutionnalité d'une loi avec la décision n° 68-35 DC du 30 janvier 1968.

Il a été souligné, non sans raison, que le juge constitutionnel s'était inspiré d'une technique en usage au Conseil d'Etat, consistant à retirer son venin à un texte afin d'en admettre la légalité<sup>35</sup>. Le droit comparé nous apprend qu'il s'agit d'une méthode d'interprétation des textes largement pratiquée<sup>36</sup>.

b) S'il y a matière à censure de la loi, le Conseil constitutionnel peut juger à propos d'en *explicitier les motifs dans un but pédagogique*. Le législateur pourra ainsi reprendre une réforme en l'assortissant de garanties appropriées. On peut citer, parmi de nombreux exemples, la jurisprudence sur le régime des perquisitions fiscales au domicile des contribuables<sup>37</sup> ou encore celle sur l'établissement de servitudes d'utilité publique<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Décision n° 59-2 DC du 24 juin 1959, Rec. p. 58 ; « Grandes décisions », 14<sup>ème</sup> Ed., p. 33.

<sup>35</sup> Cf. CE, Ass. 4 janvier 1957, Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de droit, annoté à la RDP 1957, p. 673 par M. Waline, qui fut membre du Conseil constitutionnel de 1962 à 1971.

<sup>36</sup> Cf. Cour suprême des Etats-Unis, 1937, National Labor Relations Board-E. Zoller, « Grands arrêts de la Cour suprême des E.U. » p. 471 ; CJCE, 13 décembre 1982, aff. 218/82, Rec. p. 4063 ; Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 559 du 12 décembre 1990.

<sup>37</sup> Cf. la censure opérée par la décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983 (Rec. p. 67 ; « Grandes décisions », 14<sup>ème</sup> Ed., p. 495) suivie d'un dispositif nouveau jugé non contraire à la Constitution (n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, Rec. p. 94).

<sup>38</sup> Cf. n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, Rec. p. 78.

c) Le Conseil peut choisir *d'éviter un formalisme qui serait excessif*.

La jurisprudence relative au domaine d'intervention des lois organiques en est une illustration. La loi organique se définit comme une loi prévue comme telle par la Constitution. Il s'ensuit qu'une loi ordinaire ne peut empiéter sur le domaine de la loi organique, sauf à encourir la censure du juge constitutionnel<sup>39</sup>.

Mais ce dernier a estimé qu'un empiétement de la loi organique sur la loi ordinaire ne débouche pas sur une sanction identique. Le Conseil juge en effet, de façon constante depuis une décision n° 75-62 DC du 28 janvier 1976, qu'il lui revient en pareil cas, non de faire obstacle à la promulgation du texte ou de la disposition qualifié à tort de loi organique, mais de spécifier dans sa décision que cette disposition pourra être modifiée à l'avenir selon la procédure applicable aux lois ordinaires.

Dans le même esprit, le Conseil pourra rétablir en loi organique des articles d'un code adoptés suivant la procédure propre à cette catégorie de lois mais classés à tort en article L. de ce code<sup>40</sup>, apportant ainsi un discret démenti à l'enseignement du Doyen Vedel suivant lequel, dans l'exercice de son contrôle, il disposerait de la gomme et non du crayon<sup>41</sup>.

Plus audacieuse et quelque peu controversée est la jurisprudence qui reporte dans le temps les effets d'une inconstitutionnalité.

## 2. Une technique controversée : le report dans le temps des effets d'une décision

Le contrôle a priori exercé par le Conseil constitutionnel n'affecte pas normalement la sécurité juridique. Son objet est de faire obstacle à ce qu'une norme inconstitutionnelle puisse entrer en vigueur. Le Conseil s'est cependant écarté en diverses circonstances de cette logique première. D'abord, de façon discrète ; plus ostensiblement dans la période récente.

<sup>39</sup> Cf. n° 84-177 DC du 30 août 1984, citée supra, note 11.

<sup>40</sup> Cf. n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005, Rec. p. 129.

<sup>41</sup> Cf. R. Badinter, RFDA 2002, p. 208, et notre étude « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le doyen Vedel » RFDA 2004, p. 218.

a) Le report dans le temps des effets d'une inconstitutionnalité a vu le jour à propos du *contenu des lois de finances*. A deux reprises, une première fois par la décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997 concernant les fonds de concours, et une seconde fois par la décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 relative aux missions budgétaires, le Conseil, après avoir relevé une irrégularité au regard des règles posées respectivement par l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 puis par la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2001, sur les lois de finances, s'est borné à inviter le législateur financier à y remédier à l'occasion de l'exercice budgétaire suivant.

L'atténuation des effets du contrôle trouve une justification dans le caractère annuel de la loi de finances et les difficultés qu'entraînerait la censure de dispositions conditionnant le bon fonctionnement des services publics<sup>42</sup>.

b) Le Conseil n'a pas davantage fait obstacle à la promulgation de dispositions inconstitutionnelles dans des hypothèses où la justification de la solution paraît moins assurée.

Une disposition incluse à tort dans une loi de financement de la sécurité sociale a échappé au sort habituellement réservé aux « cavaliers sociaux », au motif que le texte permettait de remédier à une violation du principe d'égalité (n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001).

La méconnaissance du principe d'égalité devant la loi dans la mise en œuvre de l'objectif constitutionnel de parité pour les élections aux conseils régionaux et à l'Assemblée de Corse, a été tolérée dans l'attente d'une loi ultérieure, par la décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003. Le législateur est effectivement intervenu afin d'aligner les règles de présentation des candidatures aux élections à l'Assemblée de Corse sur celles adoptées pour les élections régionales (loi n° 2003-1201 du 18 décembre 2003).

Par sa décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, le Conseil a admis le transfert au secteur privé de « Gaz de France » moyennant le report par lui de la date d'effet de cette mesure au 1<sup>er</sup> juillet 2007, à laquelle l'entreprise n'aura plus le caractère d'un service

---

<sup>42</sup> Cf. l'invalidation de la loi de finances pour 1980 par la décision n° 79-110 DC du 24 décembre 1979 (Rec. p. 36 ; « Grandes décisions », 14<sup>ème</sup> Ed., p. 363).

public national au sens du Préambule de la Constitution de 1946. Audacieuse au regard du principe selon lequel la légalité d'une norme juridique s'apprécie en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date de son édicition, la solution n'en est pas moins discrète car elle revêt la forme d'une réserve d'interprétation.

c) Le Conseil a été plus loin encore avec sa décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 relative à la loi sur les organismes génétiquement modifiés. Il y déclare contraires à la Constitution, pour incompétence négative du législateur, plusieurs modifications apportées au code de l'environnement et ceci « à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009 ».

La doctrine n'a pas manqué de relever que cette façon de procéder heurte les dispositions du premier alinéa de l'article 62 de la Constitution aux termes desquelles une disposition déclarée inconstitutionnelle « ne peut être promulguée »<sup>43</sup>.

Sans doute les juges de la loi en différant au cas considéré les effets de leur décision ont-ils cherché à prémunir la France contre une condamnation pour manquement à ses obligations communautaires en matière de transposition de directives. Une transposition juridiquement imparfaite au regard du droit interne apparaît préférable à une absence de transposition.

L'objectif recherché par le juge constitutionnel aurait pu néanmoins être atteint de façon juridiquement plus orthodoxe par une décision de censure suivie d'une nouvelle délibération de la loi avant sa promulgation, à l'initiative du Président de la République, selon les modalités exposées en son temps par la décision n° 85-197 DC du 23 août 1985<sup>44</sup>.

Même si telle ou telle solution peut appeler des réserves, la ligne directrice de la jurisprudence n'en apparaît pas moins avec netteté. La modulation de l'étendue du contrôle comme de ses effets a permis son acceptation par les pouvoirs publics. Mais si les techniques de contrôle se sont perfectionnées, elles demeurent encore perfectibles.

---

<sup>43</sup> Cf. note Chr. Fardet, *Droit Administratif* 2008, n° 114.

<sup>44</sup> N° 85-197 DC du 23 août 1985, Rec. p. 70 ; « Grandes décisions », 14<sup>ème</sup> Ed., p. 564.

## II. UN CONTRÔLE QUI DEMEURE PERFECTIBLE

Les améliorations qui paraissent pouvoir être apportées au contrôle exercé par le Conseil sont limitées en nombre. Les changements éventuels sont de l'ordre de l'ajustement et non du bouleversement. Encore convient-il de se situer dans deux perspectives différentes. L'une est celle du contrôle a priori tel qu'il est présentement pratiqué. L'autre concerne le futur contrôle a posteriori sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation.

### A. **Dans le cadre du contrôle a priori**

S'agissant des évolutions possibles du contrôle a priori trois pistes de réflexion paraissent pouvoir retenir l'attention. Tout d'abord, compte tenu de mon expérience au Conseil d'Etat, il me semble souhaitable que des tempéraments soient apportés à la jurisprudence issue de la décision du 30 juillet 1982, dite « régime des prix ».

Ensuite, des aménagements pourraient viser le principe de l'économie des moyens.

Enfin, j'appelle de mes vœux une plus grande lisibilité de la jurisprudence relative au contrôle de constitutionnalité interne.

#### 1. Le défaut de sanction, au titre de l'article 61, de l'empiétement du pouvoir législatif sur la compétence réglementaire

Dans son exposé le Professeur Mathieu a rangé la décision du 30 juillet 1982 au nombre des décisions fondatrices du Conseil. Elle figure également parmi « les grandes décisions ». Sans ignorer les justifications sur lesquelles elle repose, il est à mes yeux opportun d'y apporter un tempérament.

a) Le débat sur les justifications de la jurisprudence « régime des prix » se situe à un double niveau.

Au plan juridique, cette jurisprudence ne va pas de soi au regard du texte de la Constitution dans la mesure où l'article 37 qui fonde la compétence de principe du pouvoir réglementaire est une disposition qu'il n'y a pas a priori de raison d'exclure du contrôle exercé après le vote de la loi et avant sa promulgation. Un contrôle à ce stade pourrait fort

bien coexister tant avec celui de l'irrecevabilité de l'article 41 (avant le vote) qu'avec la procédure de déclassement de l'article 37 (alinéa 2), une fois la loi promulguée.

En sens inverse, il peut être soutenu que dans son discours de présentation de la Constitution devant le Conseil d'Etat, le 27 août 1958, Michel Debré avait admis implicitement que les règles de compétence n'étaient pas d'ordre public puisque, selon ses dires, « le Gouvernement peut accepter à l'occasion une intervention parlementaire hors du domaine de la loi ».

Le fondement de la jurisprudence repose avant tout sur des considérations pratiques. Le Conseil constitutionnel a vraisemblablement été sensible au fait qu'il était difficile au stade de la rédaction des textes d'éviter qu'il n'y ait, par la force des choses, un empiétement du législateur sur la compétence réglementaire ne serait-ce que dans un souci d'intelligibilité. Il lui a paru d'autant moins souhaitable de susciter un contentieux sur ce point dans le cadre de l'article 61 que se trouverait ainsi ouverte, à l'initiative de l'opposition parlementaire, la contestation de toute loi votée sur ce seul terrain.

Au demeurant, des considérations du même ordre ont conduit le Conseil d'Etat à adopter une attitude semblable dans le cadre du contrôle qu'il exerce a priori sur les lois de pays en Polynésie française <sup>45</sup>.

b) Ces éléments doivent cependant être mis en balance avec les effets négatifs de la jurisprudence « régime des prix ».

Dès lors qu'un empiétement du législateur sur la compétence réglementaire n'est pas contrôlé au stade de l'article 61, il n'y a plus en pratique de frein efficace à la violation du premier alinéa de l'article 37. En effet, le recours à l'irrecevabilité de l'article 41 est mal ressenti par les parlementaires et présente l'inconvénient pour le Gouvernement, en cas de désaccord avec le Président de l'assemblée intéressée, d'entraîner une suspension du débat jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel. En outre, plutôt que de mettre en œuvre la procédure de déclassement de l'article 37 (alinéa 2), le Gouvernement préférera faire modifier

---

<sup>45</sup> CE Section 1<sup>er</sup> février 2006 – commune de Papara et Sandras. Rec. P. 40 ; RFDA 2006. 271, conclusions Stahl.

la disposition formellement législative mais matériellement réglementaire, par une loi ultérieure ou par voie d'ordonnance. Se produit ainsi un véritable engrenage.

Il y a plus, conscientes du fait que leurs prises de position en faveur du respect par un projet de loi de la compétence réglementaire, risquent fort de ne pas être suivies par l'exécutif, les formations administratives du Conseil d'Etat font la part du feu. Dans une matière réglementaire, une incursion limitée du législateur sera tolérée pour éviter l'immixtion plus étendue que prévoyait le projet initial du Gouvernement.

Le Conseil constitutionnel n'est pas resté insensible à cette situation et a cherché à y remédier. Il s'est reconnu la possibilité de constater, de sa propre autorité, le caractère réglementaire d'une disposition incluse dans un texte de loi sans la censurer, tout en ouvrant la possibilité de la déclasser ultérieurement sans qu'il soit besoin de le saisir au titre de l'article 37 (alinéa 2)<sup>46</sup>.

A l'usage, cette dernière jurisprudence n'a pas suffi à remédier aux errements constatés. Aussi suis-je conduit à préconiser un double changement. L'un visant à tirer systématiquement parti de la codification pour procéder à une remise en ordre et se libérer de l'engrenage<sup>47</sup>. L'autre consistant à apporter un tempérament à la jurisprudence « régime des prix » au profit du Premier Ministre. Il devrait être admis, en sa qualité de titulaire du pouvoir réglementaire, à sauvegarder sa compétence, y compris dans le cadre de l'article 61 de la Constitution.

## 2. Le principe de l'économie des moyens et ses limites

Au nombre des modes de raisonnement que le Conseil constitutionnel a empruntés au Conseil d'Etat figure le principe de l'économie des moyens. Sans remettre en cause l'orientation de sa jurisprudence en ce domaine, des aménagements semblent pouvoir y être apportés.

a) Le principe de l'économie des moyens permet dans le contentieux administratif au Conseil d'Etat de se dispenser de trancher une question de droit soumise à

---

<sup>46</sup> Cf. décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, citée supra note 23.

<sup>47</sup> Le Conseil constitutionnel a donné son aval au code du travail établi sur ces bases (n° 2007-561 DC du 17janvier 2008 ; AJDA 2008-851, note D/ Labetoulle ; Dr soc. 2008-424 note V. Bernaud.

son examen dès lors qu'il lui est possible de statuer sur la requête en faisant l'économie d'un raisonnement sur ce point.

Le juge administratif pourra ainsi rejeter une requête au fond sans se prononcer sur sa recevabilité, écarter un moyen comme manquant en fait sans prendre parti sur son caractère opérant en droit, ou encore annuler totalement une décision administrative pour un motif déterminé en s'abstenant de répondre aux autres moyens invoqués à son encontre.

b) Le Conseil constitutionnel procède pareillement. Il est d'autant plus incité à le faire que sa saisine déclenche le contrôle de la loi sans le limiter, ni aux seules dispositions expressément contestées, ni aux moyens invoqués<sup>48</sup>.

Il lui est arrivé par exemple d'écarter une argumentation comme manquant en fait en réservant expressément la question de savoir si le principe dont la violation était alléguée avait effectivement valeur constitutionnelle<sup>49</sup>, ou de censurer une irrégularité de la procédure législative tout en réservant le fond de droit<sup>50</sup>.

L'attitude ainsi adoptée se comprend fort bien lorsque le Conseil est amené à relever, le plus souvent d'office, un « cavalier budgétaire » ou « un cavalier social ». En raison des délais d'examen très réduits des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale, on conçoit qu'il s'avère difficile pour lui d'étendre son examen au fond.

Mais, pour les autres textes, ceux pour lesquels la contrainte du délai n'est pas aussi pressante, le Conseil ne joue pleinement son rôle que si son contrôle porte non seulement sur la régularité de la procédure mais également sur le fond.

c) Sa jurisprudence la plus récente ouvre à cet égard une perspective nouvelle.

Par sa décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 concernant la loi relative à la maîtrise de l'immigration, il a censuré un article sur les statistiques ethniques pour un double motif : l'un tiré de ce que la disposition en cause avait été adoptée par voie d'amendement

---

<sup>48</sup> Cf. n° 60-8 DC du 11 août 1960, Rec. p. 25, n° 86-211 DC du 26 août 1986, Rec. p. 120.

<sup>49</sup> Cf à propos du principe de l'individualisation des peines ; n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 cons. 18, Rec. p. 15.

<sup>50</sup> N° 86-209 DC du 3 juillet 1986 cons. 37 Rec. p. 86 ; n° 90-277 DC du 25 juillet 1990 – cons. 24 Rec. p. 70.

sans présenter de lien suffisant avec le texte en discussion ; l'autre de fond pris de la violation de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution.

L'orientation choisie paraît opportune et gagnerait sans doute à être généralisée.

### 3. Une plus grande lisibilité du contrôle de constitutionnalité interne

On a vu que le Conseil constitutionnel avait repris à son compte la distinction entre le contrôle normal et le contrôle restreint (cf. supra I B 2 b). Pleinement justifiée dans son principe cette orientation laisse place malgré tout à des incertitudes quant à sa mise en œuvre. Le problème n'est pas propre au droit constitutionnel jurisprudentiel. Il se pose aussi en droit administratif où les interrogations de la doctrine peuvent cependant trouver des réponses dans les conclusions des commissaires du Gouvernement<sup>51</sup>.

La part du flou jurisprudentiel semble plus élevée dans le droit du contentieux constitutionnel. La ligne de partage entre le contrôle normal et le contrôle restreint prête à discussion. A cela s'ajoute une interrogation sur la place à réserver au contrôle de proportionnalité sur le modèle de la jurisprudence allemande.

#### a) La ligne de partage entre les deux types de contrôle fait problème.

L'incertitude affecte le critère permettant de distinguer les deux degrés de contrôle. Le Conseil ne semble pas avoir adopté pleinement certaines distinctions proposées par la doctrine. On songe au partage entre les libertés de premier rang (liberté individuelle, liberté de la presse) et les libertés de second rang (liberté d'entreprendre, liberté contractuelle), les restrictions apportées aux premières appelant un contrôle normal alors que les limitations affectant les secondes ne seraient soumises qu'à un contrôle restreint.

Une autre grille d'analyse a été proposée selon que l'intérêt général au nom duquel est apportée une limitation à un droit constitutionnellement garanti a un fondement dans la Constitution ou est défini ponctuellement par le législateur.

---

<sup>51</sup> Cf notamment conclusions Guyomar sur CE Sect. 22 juin 2007 Arfi Rec. p. 263.

Au regard de telles approches, les choix effectués par le juge témoignent d'un pragmatisme qui laisse parfois songeur.

Ainsi, on discerne mal pourquoi les restrictions à la liberté du mariage font l'objet d'un contrôle normal<sup>52</sup> alors que les limitations apportées au droit à une vie familiale normale ne sont assujetties qu'à un contrôle restreint<sup>53</sup>.

De même ne s'impose pas avec la force de l'évidence la jurisprudence soumettant au seul contrôle restreint la conciliation opérée par le législateur entre deux exigences constitutionnelles antagonistes<sup>54</sup>.

b) L'irruption d'un contrôle de proportionnalité inspiré du droit allemand, qui résulte de la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008<sup>55</sup> accroît l'incertitude, au moins momentanément.

La question qui se pose est de savoir si l'application des trois composantes de la proportionnalité (adéquation ; nécessité ; proportionnalité au sens strict) s'explique avant tout par la gravité de la rétention de sûreté, qui peut conduire à une privation totale de liberté, ou si elle a une portée générale.

On pourra sans doute nous objecter ce que disait le président Odent du contrôle du Conseil d'Etat : entre les deux types de contrôle il y a toute « une gamme subtile et nuancée de contrôles adaptés aux possibilités du juge et à ce qui lui paraissent être les besoins du moment »<sup>56</sup>.

Néanmoins, dans la perspective de la mise en œuvre prochaine du contrôle a posteriori, il est souhaitable que le filtrage opéré par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation puisse se faire sur des bases juridiques sûres.

---

<sup>52</sup> N° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 95, Rec. p. 438.

<sup>53</sup> N° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, cons. 16, Rec. p. 157 ; n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, cons. 14, Rec. p. 79.

<sup>54</sup> N° 2003-468 DC du 3 avril 2003, cons. 42, Rec. p. 325 ; n° 2003-484 DC du 3 avril 2003, cons. 42, Rec. p. 438 ; n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 13, Rec. p. 126 ; n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, cons. 16, Rec. p. 157 ; n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, cons. 21, Rec. p. 31.

<sup>55</sup> Citée supra note 31

<sup>56</sup> R. Odent « Contentieux administratif » 1977-1980, Rééd. Dalloz 2007, tome II, p. 534.

## B. Dans le cadre du contrôle a posteriori

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 institue un mécanisme de renvoi préjudiciel en appréciation de la constitutionnalité d'une disposition législative devant le Conseil constitutionnel, à l'initiative du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. Ainsi que le spécifie l'article 46 de la loi constitutionnelle, la réforme n'entrera en vigueur qu'une fois ses modalités de mise en œuvre précisées par une loi organique.

Dans la perspective du contrôle qu'il incombera au Conseil constitutionnel d'exercer, deux points paraissent essentiels : il importe de sauvegarder dans le cadre de la nouvelle procédure certains acquis du contrôle a priori ; les deux types de contrôle doivent être articulés de façon à conférer un plein effet à la réforme.

### 1. La sauvegarde des principaux acquis du contrôle a priori

L'article 61-1 ajouté à la Constitution par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 limite le contrôle sur renvoi préjudiciel à la contestation des dispositions législatives « portant atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ».

La formulation adoptée par le constituant devrait ouvrir la voie à un contrôle de constitutionnalité interne centré sur la défense des droits fondamentaux sans que soit pour autant exclue toute forme de constitutionnalité externe.

a) S'agissant de la *constitutionnalité interne*, il reviendra au Conseil d'isoler au sein du « bloc de constitutionnalité », les principes et les règles garantissant au plan constitutionnel, les droits et libertés.

Sa démarche est en partie balisée par la notion de « libertés publiques » telle qu'elle fut définie sous l'empire de la Constitution de 1946<sup>57</sup>, et plus encore par la portée donnée au concept de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administratif relatif au référé-liberté<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Cf. avis du Conseil d'Etat du 13 août 1947, EDCE n° 10, p. 64.

<sup>58</sup> Cf. CE Sect. 18 janvier 2001 commune de Venelles, Rec. p. 18, Concl. Touvet ; « Grands arrêts de la jurisprudence administrative », 16<sup>ème</sup> Ed., p. 823.

Mais il lui faudra aller plus loin que ces précédents dans la mesure où le constituant a visé aussi bien les libertés que les droits constitutionnellement garantis.

Une difficulté pourra se présenter quant à la place à réserver parmi les normes de référence du contrôle aux « objectifs de valeur constitutionnelle ». Une telle notion a répondu à l'origine au souci du juge d'éviter de conférer une valeur absolue à un principe constitutionnel<sup>59</sup>. Mais, ainsi que l'a montré la doctrine, il est possible également d'envisager ces objectifs, ou certains d'entre eux, comme « la reconnaissance de nouvelles dispositions constitutionnelles favorables aux droits et libertés »<sup>60</sup>.

b) Le contrôle *de constitutionnalité externe* ne devrait pas être totalement évincé de la question préjudicielle de constitutionnalité.

Il est vrai que le texte de l'article 61-1 exclut toute contestation de la régularité de la procédure d'adoption de la loi. Le contrôle a posteriori ne devrait pas non plus pouvoir être mis en œuvre pour critiquer un éventuel empiétement de la loi sur la compétence réglementaire.

Mais il conviendra d'y regarder à deux fois avant d'exclure également toute question relative au plein exercice par le législateur de sa compétence, dès lors du moins que sont en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis.

L'incompétence négative du législateur devrait à notre sens pouvoir être invoquée. La Cour constitutionnelle italienne a estimé pour sa part qu'il lui appartenait de déclarer l'inconstitutionnalité des omissions législatives<sup>61</sup>.

De même, nous paraît pouvoir être discutée devant le juge constitutionnel, au titre du contrôle a posteriori, un manquement à l'obligation faite à la loi de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Cf. n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 Rec. p. 48.

<sup>60</sup> Cf. P. de Montalivet « Les objectifs de valeur constitutionnelle », Dalloz Ed. 2006, préface de Michel Verpeaux, p. XVIII.

<sup>61</sup> Arrêt n° 62 de 1971 (AIJC 1987 p. 169)

<sup>62</sup> Cf. A. Vidal-Naquet « Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », préface de M. Verpeaux, Ed. Panthéon-Assas 2007, et supra I A. 1 c).

Il semble en définitive possible de transposer les acquis essentiels du contrôle a priori, au contrôle a posteriori. Mais il reste encore à articuler entre eux les deux types de contrôle.

## 2. L'articulation entre les deux contrôles

La question centrale est de savoir si le fait pour le Conseil constitutionnel de ne pas s'être opposé à la promulgation d'une loi dans le cadre du contrôle a priori, conduit à ce qu'il soit impossible de soumettre à son examen tout ou partie des dispositions de cette loi au titre du contrôle a posteriori.

a) Dans le sens d'une réponse affirmative on peut se référer aux termes de l'article 62 de la Constitution : « *Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ».

Ne faut-il pas en déduire qu'aussi bien le Conseil d'Etat que la Cour de cassation, en tant qu'autorités juridictionnelles, ne peuvent lui soumettre sur le fondement de l'article 61-1 une disposition qui a été déclarée conforme à la Constitution. La sécurité juridique plaide aussi en ce sens.

Une telle solution se justifierait d'autant plus que le contrôle de constitutionnalité revêt un caractère objectif et que le Conseil constitutionnel peut relever d'office tout moyen d'inconstitutionnalité<sup>63</sup>.

Aussi bien, une doctrine particulièrement autorisée n'a-t-elle pas suggéré que dans le contentieux de l'excès de pouvoir les décisions de rejet auraient pu être dotées de l'autorité absolue de chose jugée si les moyens de légalité étaient tous d'ordre public<sup>64</sup>.

b) Nous répugnons cependant à pousser le raisonnement aussi loin.

On relèvera liminairement que lorsqu'il est saisi d'une loi ordinaire le Conseil examine par priorité les dispositions contestées de la loi déferée. Il ne relève d'office

---

<sup>63</sup> Cf. supra II A-2 b.

<sup>64</sup> R. Chapus « Droit du contentieux administratif » 13<sup>ème</sup> éd. n° 1211 (2°)

l'inconstitutionnalité d'autres dispositions que si celle-ci apparaît de manière suffisamment manifeste et suffisamment grave. Le brevet de conformité à la Constitution décerné à la loi n'a donc qu'une valeur relative. Un contrôle a priori incomplet ne doit pas aboutir à paralyser le contrôle a posteriori. A tout le moins, ne devraient être soustraites au contrôle a posteriori que les seules dispositions de la loi dont le Conseil, par les motifs et le dispositif d'une de ses précédentes décisions, a admis la conformité à la Constitution.

Mais il y a plus : l'autorité des décisions affirmée par l'article 62 ne vaut que pour autant qu'il n'existe pas un changement dans les circonstances de droit ou de fait postérieurement à la décision.

*Le changement dans les circonstances de droit* peut provenir d'une révision de la Constitution qui peut conduire à réexaminer une prise de position antérieure, ainsi que cela s'est vérifié à propos de la Charte de l'environnement<sup>65</sup>. Et, s'il est vrai qu'en pareil cas le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation pourrait constater l'abrogation par la disposition constitutionnelle de la loi antérieure contraire, une telle démarche peut s'avérer concrètement malaisée<sup>66</sup>.

*Le changement dans les circonstances de fait* peut justifier tout autant le réexamen d'une situation juridique déterminée, sauf à consacrer l'idée d'une jurisprudence figée.

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir si les décisions d'annulation passées en force de chose jugée ont une autorité absolue, tel n'est pas le cas d'une décision de rejet qui est dotée seulement d'une autorité relative<sup>67</sup>.

En droit communautaire, n'a qu'un effet relatif un arrêt par lequel la Cour de Justice a admis la validité d'un acte de droit dérivé<sup>68</sup>.

Selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la Convention européenne des droits de l'homme « doit s'interpréter à la lumière des considérations d'aujourd'hui »<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> CC 24 mars 2005 Hauchemaille et Meyet, Rec. p. 56.

<sup>66</sup> Si le Conseil d'Etat est sensible à un tel raisonnement (CE Ass. 16 décembre 2005, ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité c/ Syndicat national des huissiers de justice, Rec. p. 570, concl. Stahl) il en va différemment de la Cour de cassation (Cass. Crim., 18 novembre 1985, Bull. n° 335).

<sup>67</sup> CE 27 octobre 1965, Blagny, p. 559 ; Cass Crim., 18 juillet 1957, Bull. n° 564.

<sup>68</sup> CJCE 29 janvier 1975, Alaino c/préfet du Rhône, aff. 68/74, Rec. p. 109.

Le contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour constitutionnelle italienne nous fournit en la matière des exemples significatifs. Non seulement une décision de la Cour, concluant sur renvoi d'une juridiction ordinaire à l'absence d'inconstitutionnalité d'une loi n'a qu'une autorité relative<sup>70</sup>, mais en outre, la Cour peut, au vu d'une nouvelle appréhension de la réalité sociale, revenir sur son appréciation antérieure. Il s'agit d'une inconstitutionnalité survenue (*incostituzionalita sopravvenuta*) illustrée notamment par des décisions relatives à la sanction du délit d'adultère plus sévère dans le cas de la femme que de l'homme<sup>71</sup>, à l'âge de 55 ans à partir duquel la femme salariée peut bénéficier d'une pension alors que cet âge est de 60 ans pour l'homme<sup>72</sup>, à l'absence de publicité des audiences des juridictions statuant en matière fiscale<sup>73</sup> ou encore au délit de mendicité dès lors que cette dernière n'est pas envahissante (*non invasiva*)<sup>74</sup>.

Pour toutes ces raisons nous pensons que la loi organique prévue par le second alinéa de l'article 61-1 ne devrait pas entraver par avance l'exercice du contrôle a posteriori.

-oOo-

Le contrôle du Conseil constitutionnel s'est perfectionné. Il demeure perfectible.

Nous ajouterons que les progrès passés du contrôle exercé par notre juge constitutionnel laissent augurer favorablement de l'avenir.

Les progrès constatés ne sont pas dus au hasard. Dans son article « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif » le Doyen Vedel soulignait que même s'il n'avait pas eu sous les yeux l'exemple du juge de l'excès de pouvoir, le Conseil constitutionnel aurait non seulement pu mais dû l'inventer car il s'agit dans chaque cas de faire respecter la hiérarchie structurant un système normatif<sup>75</sup>.

---

<sup>69</sup> Arrêt Tyrer du 25 avril 1978 ; arrêt Marckx du 13 juin 1979, « Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », PUF, 4<sup>ème</sup> Ed., p. 495.

<sup>70</sup> Rapport italien à la VII<sup>ème</sup> Conférence des cours constitutionnelles européennes, AIJC 1987, p. 173.

<sup>71</sup> Différence de traitement admise par l'arrêt n° 64 de 1961 puis condamnée par l'arrêt n° 126 du 16 décembre 1968.

<sup>72</sup> Différence admise par l'arrêt n° 123 de 1969 puis condamnée par l'arrêt n° 137 de 1986.

<sup>73</sup> Après avoir invité le législateur à reconsidérer la question par l'arrêt n° 212 de 1986, la Cour a finalement conclu à l'inconstitutionnalité du défaut de publicité par son arrêt n° 50 du 9 février 1989.

<sup>74</sup> L'incrimination pénale, admise par les arrêts n° 51 de 1959 et n° 102 de 1975 a été condamnée par l'arrêt n° 519 du 15 décembre 1995.

<sup>75</sup> G. Vedel « Cahiers du Conseil constitutionnel » n° 1 p. 58, même revue, n° 2 p. 90.

Au demeurant, en se plaçant dans une perspective de droit comparé, on constate que nombre des caractéristiques du contrôle qui ont été mentionnées ont leur pendant dans des systèmes de droit étranger. Le recours aux « interprétations neutralisantes » a été exprimé avec force par la Cour suprême des Etats-Unis dès 1937<sup>76</sup>. Le contrôle de proportionnalité a été revu tout récemment à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande<sup>77</sup>.

De telles constatations sont rassurantes et invitent de plus fort au dialogue entre les juridictions avec le concours éclairé de la doctrine.

---

<sup>76</sup> Cf. supra note 36.

<sup>77</sup> Cf. supra note 31.