

L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'Etat

Jacques ARRIGHI de CASANOVA - Conseiller d'État

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 30 (DOSSIER : AUTORITÉ DES DÉCISIONS) - JANVIER 2011

La Constitution de 1958 a donné au Conseil constitutionnel, et à lui seul, le pouvoir de déclarer une loi contraire à la Constitution. Mais lui en a-t-elle pour autant conféré le monopole d'interprétation ? On pourrait être tenté de chercher la réponse à cette question dans le texte de son article 62, selon lequel les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Et pourtant, la simple lecture de cette disposition essentielle n'en livre pas d'emblée la clé : le constituant de 1958 a-t-il entendu faire de cette Haute instance une juridiction suprême dotée, comme la Cour de justice dans l'ordre communautaire, d'un monopole d'interprétation de notre loi fondamentale ? Ou bien l'article 62 se borne-t-il à définir les effets des décisions du Conseil constitutionnel en conférant une autorité absolue à la chose jugée par lui, à propos d'une disposition déterminée ? Autrement dit, cette autorité s'attache-elle de manière générale à la jurisprudence ou seulement aux décisions ?

C'est cette seconde interprétation qui a toujours été privilégiée par le Conseil d'État. S'il s'est attaché à tenir le plus grand compte de la jurisprudence de son voisin du Palais-Royal, chaque fois qu'il a été appelé à se prononcer sur des questions auparavant tranchées par le Conseil constitutionnel, il a toujours refusé de lire la Constitution comme si elle comportait l'équivalent de l'article 177 du traité de Rome (I). Il s'est en revanche scrupuleusement conformé à l'article 62 lorsqu'il a eu à appliquer des dispositions législatives qui avaient été soumises au Conseil constitutionnel (II). Toutefois, l'apparition de la question prioritaire de constitutionnalité conduit le Conseil d'État à envisager sous un jour nouveau la prise en compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (III).

I - L'autorité seulement « persuasive » de la jurisprudence

La thèse selon laquelle une interprétation donnée par le Conseil constitutionnel à propos d'un texte déterminé vaudrait, de manière générale, pour l'avenir dans tous les cas où se trouverait en cause la disposition constitutionnelle ainsi interprétée, qui reviendrait à lui reconnaître un monopole d'interprétation de la Constitution, pouvait difficilement se réclamer du texte de cette dernière, qui n'a pas été rédigé comme l'avait été le traité de Rome s'agissant de la fonction attribuée à la Cour de justice. Au demeurant, une telle position s'accorderait mal avec la tradition juridique française, qu'exprime notamment l'article 4 du Code civil, selon laquelle tout juge doit faire jouer son pouvoir d'interprétation pour dire le droit, à l'égard de tout texte, y compris la loi fondamentale. Ainsi que l'indiquait Bruno Genevois, qui était alors secrétaire général du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État « ne considère pas que le Conseil constitutionnel serait investi [...] d'un pouvoir normatif qui lui permettrait de créer des règles de droit objectives qui s'appliqueraient au-delà des cas d'espèce donnant lieu à ses décisions » ⁽¹⁾.

C'est ainsi qu'en présence d'un texte sur lequel la juridiction constitutionnelle n'a pas eu à statuer, le Conseil d'État estime qu'il est libre de se déterminer, alors même que la question de principe soulevée par l'affaire a, à propos d'un autre texte, déjà reçu réponse de la part du Conseil constitutionnel. Le plus souvent, la réponse apportée est identique car, bien entendu, le juge administratif suprême se laisse aisément convaincre du bien-fondé de la solution adoptée par son voisin du Palais-Royal : c'est l'autorité « persuasive » de la jurisprudence, selon l'heureuse expression de Bruno Genevois. Il est en effet logique qu'en élaborant leur propre interprétation, les juridictions soient amenées à retenir, parmi les divers arguments juridiques pertinents, ceux qui ont pu conduire le Conseil constitutionnel à adopter d'une telle interprétation.

Mais en pareil cas, le Conseil d'État, dans ses décisions, ne fait en principe aucune mention de la décision du Conseil constitutionnel, pas plus qu'il ne cite la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'il fait sienne une jurisprudence qu'elle a dégagée. On ne saurait voir dans cette attitude du juge administratif suprême un quelconque souci de respect jaloux de ses prérogatives. Il s'agit, plus simplement, de la marque de son attachement à la pratique traditionnelle des juridictions françaises, qui n'ont pas pour habitude de citer dans leurs arrêts les précédents jurisprudentiels, y compris, au demeurant, les leurs. On doit donc considérer comme ne reflétant pas fidèlement cette position les rares décisions du Conseil d'État dans lesquelles on trouve mention de la décision du Conseil constitutionnel dont il s'inspire (par ex. CE 29 mai 1992, Association amicale des professeurs titulaires du muséum national d'histoire naturelle, Lebon p. 216) ⁽²⁾.

La liberté dont le Conseil d'État s'estime ainsi investi a pu le conduire, dans quelques très rares cas, à retenir une solution différant de celle que le Conseil constitutionnel avait adoptée à propos de la même question d'interprétation de la Constitution : c'est l'exemple, bien connu, de la divergence qui a opposé les deux voisins du Palais-Royal à propos de la compétence législative ou réglementaire pour modifier une réglementation assortie de peines délictuelles ou pour déroger à la règle selon laquelle le silence de l'administration sur une demande fait naître une décision implicite de rejet.

Le Conseil d'État a été conforté dans cette lecture stricte de la portée de l'article 62 par celle que le Conseil constitutionnel en a lui-même faite. Si, en effet, ce dernier a très tôt précisé que l'autorité de ses décisions ne se limitait pas à leur dispositif et s'étendait aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, il a ensuite précisé que l'autorité ainsi attachée à ses décisions était limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions et ne pouvait être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes différents (n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, rec. p. 119). Sans doute a-t-il, peu après, nuancé cette jurisprudence dans un cas où la loi dont il était saisi, bien que rédigée sous une forme différente, avait un contenu analogue à celle qu'ils avaient précédemment censurée (n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, rec. p. 48). Mais on peut douter que la position ainsi prise, dans un cas très particulier, puisse être comprise comme remettant en cause la lecture orthodoxe faite en 1988 de l'article 62 de la Constitution ⁽³⁾.

II - Le plein respect de l'autorité de chose jugée

Dans tous les cas où il était en présence de la chose jugée par le Conseil constitutionnel, au sens ainsi défini, le Conseil d'État s'est estimé juridiquement lié. On cite généralement à ce propos la décision d'assemblée du 20 décembre 1985, Société Établissements Outters (Lebon p. 382), rendue au visa de l'article 62 de la Constitution, à propos d'un texte sur lequel le Conseil constitutionnel s'était prononcé dans le cadre de la procédure de délégalisation du deuxième alinéa de l'article 37 de la Constitution. Mais, dès 1983, il avait accepté de vérifier qu'un texte réglementaire ne méconnaissait pas des dispositions législatives, telles qu'interprétées par le Conseil constitutionnel (CE 1^{er} juillet 1983, Syndicat unifié de la radio et de la télévision CFDT, Lebon p. 293).

Puis, par sa décision d'Assemblée SA La Cinq du 11 mars 1994 (Lebon p. 118), la haute juridiction administrative a clairement admis que, pour l'application et l'interprétation d'une loi, le juge administratif était lié par les réserves d'interprétation énoncées par le Conseil constitutionnel dans sa décision statuant sur la conformité de cette loi à la Constitution.. Et si on peut s'étonner que cette décision d'Assemblée ne vise pas la Constitution – alors qu'elle fait application de son article 62 – la rédaction de celles que le Conseil d'État a rendues plus récemment, dans une configuration semblable, est généralement plus orthodoxe (voir par ex. les décisions du 13 avril 2005, Ministre des finances c/ Amirkhanian, Lebon p. 872, du 30 novembre 2005, Syndicat des médecins d'Aix et région et autres, Lebon p. 531, ou encore une ordonnance de référé du 26 juin 2006, Mme Anfian, Lebon p. 279 ⁽⁴⁾).

Le Conseil d'État a cependant refusé de se sentir lié par la même autorité à l'égard des réserves d'interprétation « par ricochet » formulées par le Conseil constitutionnel. On désigne par là celles qu'il énonce à propos, non du texte dont il est saisi mais d'une disposition antérieure, figurant dans une loi qui ne lui a pas été soumise avant promulgation, mais à laquelle il se réfère et dont il entend ainsi se saisir, dans une certaine mesure, au moment où il se prononce sur la constitutionnalité d'une disposition similaire. Cette hypothèse très particulière s'est rencontrée lors de l'examen de la loi de modernisation sociale (décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Rec. p. 49) qui a conduit le Conseil constitutionnel à se prononcer, indirectement, sur l'exigence de représentation équilibrée des deux sexes au sein des jurys, auparavant introduite par la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle, laquelle ne lui avait pas été déférée. La loi qu'il examinait en 2002 précisait que les jurys dont elle prévoyait l'intervention devaient « concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ». Soucieux de marquer, par une réserve, que le législateur n'avait pas entendu faire prévaloir « la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications » le Conseil constitutionnel a relevé que les dispositions auxquelles devait s'appliquer cette réserve d'interprétation reprenaient la formulation retenue par la loi du 9 mai 2001. Selon le commentaire de cette décision dans cette Revue ⁽⁵⁾, cette réserve interprétative avait vocation à servir de « grille de lecture » pour l'application de la loi de 2001.

En dépit d'un courant doctrinal, qui s'était en particulier exprimé à propos des textes en cause, favorable à une conception extensive de l'autorité de la chose jugée ⁽⁶⁾ et contrairement à ce que proposait son commissaire du gouvernement, le Conseil d'État a refusé de s'engager dans cette voie, lorsqu'il a eu à interpréter la loi du 9 mai 2001. C'est ce que le montre l'absence de toute référence à la décision n° 2001-455 DC dans les visas et les motifs de la décision Lesourd, rendue par la section du contentieux le 22 juin 2007 (Lebon p. 253). Il a préféré s'en tenir à une interprétation stricte de l'article 62 de la Constitution.

Pour autant, le Conseil d'État a eu le souci, conformément à sa pratique habituelle, de ne pas s'écarter de l'approche qu'avait retenue le Conseil constitutionnel en 2002. Ce faisant, il a entendu marquer que, si les réserves « par ricochet » ne sont pas investies de l'autorité de la chose jugée,

les juridictions chargées d'appliquer la loi ne sauraient les ignorer, pas plus qu'elles ne doivent négliger, de manière générale, la jurisprudence du juge constitutionnel.

III - Une problématique renouvelée par la question prioritaire de constitutionnalité

Sans remettre en cause la ligne de partage ainsi opérée, l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution, le 1^{er} mars 2010, est à l'origine d'une importante évolution. Le Conseil d'État a en effet tiré toutes les conséquences des critères de renvoi définis par la loi organique⁽⁷⁾, ce qui le conduit à viser des décisions du Conseil constitutionnel et à les citer dans ses motifs, en dehors des hypothèses, correspondant à l'application de l'article 62, auxquelles il se tenait auparavant.

Pour déterminer si une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) doit être soumise au juge constitutionnel, il faut d'abord vérifier si celui-ci en a déjà admis la conformité à la Constitution. Dans l'affirmative, la logique de la loi organique, tout comme les termes mêmes de l'article 62 de la Constitution, font obstacle à ce que la déclaration de conformité auparavant prononcée soit remise en cause, sauf - ainsi que le précise la loi organique - en cas de changement de circonstances. Rien de surprenant, alors, à ce que le Conseil d'État se réfère explicitement à la décision de conformité.

La véritable nouveauté apparaît lorsque, cette étape étant franchie après vérification de l'applicabilité de la disposition au litige, il appartient au Conseil d'État de déterminer si la question de constitutionnalité invoquée peut être considérée comme sérieuse. Son office le place alors dans une situation proche de celle qu'il connaît, de longue date, lorsqu'il lui faut apprécier si une question de droit communautaire doit être renvoyée à la Cour de justice, cas dans lesquels il se réfère expressément, le cas échéant, à ce qu'a déjà jugé la Cour, pour en déduire que la question n'est pas sérieuse et y apporter lui-même la réponse qui convient. Comme il était prévisible, en dépit de la différence entre question préjudicielle de droit communautaire et question prioritaire de constitutionnalité, cette manière de procéder a naturellement été transposée dans l'examen du caractère sérieux de la question.

On peut mentionner à ce titre une décision Exbrayat du 31 mai 2010 (n° 338727, à publier au Lebon) qui, pour déterminer s'il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel une disposition du code général des impôts accordant un abattement à certains contribuables seulement, commence par relever que le juge constitutionnel s'est seulement prononcé sur la conformité à la Constitution de dispositions modifiant et complétant l'article en cause, mais non sur celles qui font l'objet de la question soumise au Conseil d'État. Puis, examinant la condition tenant au caractère sérieux, il se fonde explicitement sur les motifs de cette même décision du Conseil constitutionnel pour en déduire – en en transposant le raisonnement à la disposition contestée devant lui - qu'il n'y a pas matière à renvoi, en l'absence de question sérieuse.

C'est d'une semblable démarche que procède une décision Repplinger du 4 octobre 2010 (n° 341845, à publier au Lebon), rendue à propos des dispositions du Code de la route relatives au permis à points, qui écarte une question de constitutionnalité en énonçant que les garanties que ces dispositions prévoient assurent le respect des droits de la défense, et s'appuie explicitement, pour ce faire, sur une décision du Conseil constitutionnel qui s'était prononcée en ce sens à propos d'un aspect particulier de ce régime.

Il arrive même que cet appui sur la jurisprudence constitutionnelle permette au Conseil d'État de se livrer à des interprétations « neutralisantes » de la loi faisant l'objet d'une question de constitutionnalité, pour conclure à l'absence de renvoi. On peut, à cet égard, relever une décision Société Canal + du 18 juin 2010 (n° 338344, à mentionner au Lebon), dans laquelle était en cause une modification de la loi du 30 septembre 1986 donnant de nouveaux pouvoirs de sanction au Conseil supérieur de l'audiovisuel. Pour écarter le moyen tiré de la contrariété de la disposition en cause au principe du respect des droits de la défense, au prix d'une interprétation conforme à la Constitution que la lettre de cette disposition ne dictait pas nécessairement, le Conseil d'État se fonde sur une précédente décision du Conseil constitutionnel, qu'il vise, qui avait procédé de même à propos d'une autre disposition du même article.

Avec cet accroissement sensible du nombre des décisions du Conseil d'État se référant à celles du Conseil constitutionnel, à la faveur des développements de la question prioritaire de constitutionnalité, l'évolution des rapports entre les deux voisins du Palais-Royal peut donner le sentiment d'une remise en cause de l'équilibre qui consistait à distinguer nettement – ainsi que les lignes qui précèdent ont tenté de le faire – l'autorité de la chose jugée, strictement entendue, et l'autorité seulement « persuasive » de la jurisprudence.

Cette impression ne doit cependant pas faire illusion. En permettant à la généralité des citoyens d'obtenir que le juge constitutionnel soit saisi de dispositions législatives déjà promulguées, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a entendu permettre à chacun de se réapproprier la Constitution. Ce faisant, elle a sensiblement étendu le champ des hypothèses dans lesquelles peut s'exercer le pouvoir, qui n'appartient qu'au Conseil constitutionnel, de déclarer une loi contraire à la Constitution. Mais en confiant un rôle de filtrage au Conseil d'État, comme à la Cour de

cassation, le nouvel article 61-1 les a, d'une certaine manière, associés à l'exercice de ce pouvoir. Il ne faut donc pas s'étonner que, dans cette mission nouvelle de confrontation d'une loi à la Constitution, la juridiction administrative suprême adapte ses méthodes de rédaction, en situant explicitement ses décisions dans le cadre de la jurisprudence constitutionnelle, lorsque cela lui paraît nécessaire à la justification d'une absence de renvoi. Mais en dehors de l'exercice très particulier qu'implique l'article 61-1, il est permis de penser que le Conseil d'État s'en tiendra à sa position traditionnelle quant à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel. On ne saurait pour autant s'en inquiéter, dès lors que - si ferme soit-elle sur le terrain des principes - cette position ne peut que se traduire, en pratique, par la poursuite d'un dialogue harmonieux entre les deux hautes juridictions.

(1) *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, STH, 1988, § 107.

(2) V. cependant, en faveur de la citation des précédents du Conseil constitutionnel, la position exprimée par O. Schrameck, in « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », les cahiers constitutionnels de Paris I, Dalloz 2010, p. 134.

(3) Voir, en ce sens, le commentaire de B. Genevois à l'AIJC, 1990, p. 480.

(4) Cette ordonnance a le mérite d'énoncer clairement la règle selon laquelle, « pour l'application et l'interprétation d'une loi, aussi bien les autorités administratives que le juge, sont liés par les réserves d'interprétation énoncées par le Conseil constitutionnel dans sa décision statuant sur la conformité de cette loi à la Constitution ».

(5) *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, n° 12, p. 25.

(6) Favoreu (L.), *L'inconstitutionnalité des quotas par sexe [sauf pour les élections politiques]*, AJDA 2003. 313 ; Mathieu (B.), *Pour une reconnaissance de l'« autorité de la chose interprétée » par le Conseil constitutionnel. À propos de la question des quotas par sexe dans les jurys de concours de la fonction publique*, D. 2003. Chron. 1507.

(7) Articles 23-4 et 23-5 renvoyant à l'article 23-2.