

# Titre VII

## Les cahiers du Conseil constitutionnel

DOSSIER

N° 5 - octobre 2020

# La jurisprudence constitutionnelle est-elle prévisible ? Pratiques de la sécurité juridique

## Écrit par

Mathieu DISANT



Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, École de Droit de la Sorbonne (Sorbonne Law School)

Sébastien MILLER



Membre du service juridique du Conseil constitutionnel

## RÉSUMÉ

Le souci de la sécurité juridique dans l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou le traitement de ses conséquences se manifeste par des agencements pratiques et de bonnes méthodes. C'est une nécessité au regard de la situation du Conseil constitutionnel, à la fois libre et démunie pour réguler l'évolution de sa jurisprudence. L'attention portée aux méthodes généralement associées, en France et à l'étranger, à l'évolution sereine de la jurisprudence constitutionnelle conduit le Conseil constitutionnel à développer diverses approches contentieuses destinées à garantir la sécurité juridique. Correction, explication, incrémentalisme, préfiguration, prudence, progressivité et circonscription, sont ainsi autant de bonnes pratiques de la sécurité juridique en actions.

Il y a bientôt 30 ans, le président Genevois répondait avec talent et malice à une question faussement impertinente : « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? »<sup>(1)</sup>. La réponse négative, quoique nuancée, reposait sur deux propositions principales, de nature différente.

La première tient à l'organisation centralisée et au mode de fonctionnement unitaire du Conseil constitutionnel. Celui-ci est à l'abri des fragilités que provoque, ailleurs, la cohabitation de formations de jugement distinctes. Le renouvellement de ses membres par tiers tous les trois ans est, en outre, de nature à favoriser la continuité jurisprudentielle. Nous ajouterions volontiers que le processus décisionnel interne, autour d'un service juridique commun et du secrétaire général du Conseil constitutionnel, préserve à sa façon la cohérence de la jurisprudence, sa mémoire et « sa conscience » pour reprendre le mot du Doyen Vedel<sup>(2)</sup>.

La seconde proposition justifie, on ne peut plus classiquement, qu'il puisse y avoir une part d'imprévisibilité au nom de la « recherche d'une certaine souplesse »<sup>(3)</sup> et de l'adaptation de la règle juridique à la variété des situations, au demeurant évolutives. Stabilité n'est pas fixité, mais mutabilité. La marge de manœuvre inhérente à l'office du Conseil constitutionnel peut affecter à des degrés divers le caractère prévisible de ses décisions. Le président Genevois détaillait, à titre spécifique, quatre facteurs déterminants. *Primo*, la possibilité d'étendre le champ de la contestation portée devant le Conseil constitutionnel, notamment en raison de la faculté de soulever d'office des griefs d'inconstitutionnalité. *Secundo*, la latitude dont dispose le Conseil constitutionnel pour enrichir et interpréter les exigences constitutionnelles opposables au législateur au titre du bloc hétérogène de constitutionnalité. *Tertio*, l'étendue du contrôle exercé peut être modulée dans son champ et son intensité, au fur et à mesure du développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. *Quarto*, le choix du mode de sanction des exigences constitutionnelles, marqué alors par le développement

du recours aux réserves d'interprétation et autres techniques correctives.

Au regard de chacun de ces paramètres, la prévisibilité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel a fortement augmenté, autant qu'il est possible, depuis l'époque où, marquée par la préoccupation de légitimer l'institution, elle a été campée par le président Genevois. Cela se vérifie notamment du point de vue des normes de références du contrôle de constitutionnalité, des normes de concrétisation ou des diverses techniques contentieuses utilisées par le Conseil constitutionnel. Pour peu qu'on puisse le mesurer, il en ressort une jurisprudence globalement prévisible, où les infléchissements sont opérés avec beaucoup de circonspection, sans souffrir d'excès de variations et moins encore de revirements brutaux<sup>(4)</sup>, ni heurter l'attente (légitime ?) qu'elle demeure à peu près stable.

À cet égard, la QPC n'a pas signé de rupture. Son installation a été placée sous le sceau de la continuité avec le contrôle de constitutionnalité exercé *a priori*. Son exercice n'a pas repoussé, dans sa structure, le cadre du contrôle de proportionnalité exercé, de façon sectorielle, par le Conseil constitutionnel. Au contraire, le contentieux de la QPC a renforcé la prévisibilité de la jurisprudence en y apportant, notamment, deux balises : l'examen de la loi s'opère sur la base de son interprétation constante par le Conseil d'État et la Cour de cassation ; le changement de circonstances, désormais défini au sein des critères de recevabilité des QPC, a permis d'appréhender formellement l'évolution jurisprudentielle<sup>(5)</sup>. De fait, et désormais en droit, c'est sur la base de la vérification d'un tel changement que le praticien s'autorise à apprécier si une décision du Conseil constitutionnel est toujours valable.

De façon générale, pas seulement en France, la contrainte associée à la sécurité juridique, véritable principe général d'interprétation, a considérablement augmenté. La sécurité juridique est de plus en plus au cœur des préoccupations des juridictions constitutionnelles, en particulier lorsqu'il s'agit d'anticiper et de lutter contre l'insécurité susceptible d'être générée par leurs propres décisions. Elle peut être prise en compte à plusieurs titres. Soit pour garantir qu'elles ne puissent remettre en cause les instances ou les affaires définitivement jugées. Soit pour y préciser les conséquences que revêt l'inconstitutionnalité pour les sujets de droit et les juridictions, et lever une éventuelle difficulté d'application. Soit, encore, pour éviter une multiplication des recours ou des « effets d'aubaine », notamment en matière fiscale. Soit, enfin, pour modeler les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité, que ce soit par le report *ad futurum* de celle-ci ou par le maintien dans le passé des effets de la norme inconstitutionnelle, au regard des conséquences que provoquerait l'abrogation immédiate ou l'annulation.

Dans toutes ces hypothèses, il est fait place, d'une façon ou d'une autre, à des motifs tirés de la sécurité juridique. Sans que cela ne soit nécessairement systématisé, toutes ces solutions, où qu'elles s'appliquent, sont réductibles à la recherche d'un équilibre entre le principe de constitutionnalité et l'exigence de sécurité juridique. Il est partout manifeste que le souci d'assurer une certaine constance, associé à celui d'éviter l'apparition d'un trouble plus grand encore que celui créé par la norme sanctionnée, voire de ne pas tromper la confiance légitime des administrés, animent les solutions retenues par les juridictions constitutionnelles. C'est désormais courant lorsqu'elles décident du maintien ou non des effets des dispositions invalidées, assorti de la faculté de produire du droit transitoire. Si le revirement de jurisprudence est traditionnellement dissocié de l'hypothèse de rétroactivité<sup>(6)</sup>, la pente favorise, sinon l'affirmation progressive d'un droit à une situation jurisprudentiellement acquise<sup>(7)</sup>, la garantie de la stabilité des règles jurisprudentielles par le pouvoir de régulation des Cours constitutionnelles.

En l'état, on voudrait montrer que le souci de la sécurité juridique dans l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou le traitement de ses conséquences se manifeste par des agencements pratiques et de bonnes méthodes. C'est une nécessité au regard de la situation du Conseil constitutionnel, à la fois libre et démuné pour réguler l'évolution de sa jurisprudence (1). L'attention portée aux méthodes généralement associées à l'évolution sereine de la jurisprudence constitutionnelle (2) conduit le Conseil à développer diverses pratiques contentieuses destinées à garantir la sécurité juridique, dont on peut dresser une brève typologie (3).

## 1. Libre, mais démuné

Le Conseil constitutionnel jouit, de prime abord, d'une grande liberté puisque ni la Constitution, ni aucun autre texte, pas même sa propre jurisprudence, ne fixent de bornes visant à encadrer son pouvoir de modifier sa jurisprudence. Il en est souvent déduit que la stabilité de sa jurisprudence réside dans un phénomène d'autolimitation<sup>(8)</sup>.

Trois lots d'observations méritent toutefois d'être apportés.

### 1. Sur le plan du processus décisionnel, cette liberté est entière

Dans plusieurs systèmes étrangers, la circonstance qu'une affaire occasionne une évolution ou un revirement de la jurisprudence constitutionnelle est une situation pouvant justifier que la juridiction se réunisse en formation spéciale de jugement.

Ainsi, par exemple, la loi organique relative au Tribunal constitutionnel espagnol prévoit une procédure spécifique faisant intervenir la formation

plénière lorsqu'une chambre estime qu'une évolution ou un revirement de jurisprudence s'avère nécessaire. La réunion en Assemblée plénière de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, laquelle juge d'ordinaire en section, est infiniment plus rare, mais une logique hiérarchique comparable y trouve son siège puisqu'elle peut être saisie par une Chambre qui « souhaite s'écarter de la position juridique adoptée dans une décision par l'autre Chambre »<sup>(9)</sup>.

La chose se pratique de façon plus notable devant la Cour constitutionnelle de Belgique. Dans un tel cas, l'un des présidents décide, d'initiative ou sur demande de deux juges de la formation initiale, que l'affaire sera soumise, non pas à une formation de 7 juges, mais à la Cour réunie en séance plénière (12 membres). Cette décision est généralement prise au moment de la mise en état, après avoir entendu les juges-rapporteurs, en fonction de l'importance des questions soulevées. Le président est, au demeurant, tenu d'y procéder si la demande en est faite par au moins deux juges du siège originaire. En pratique, le passage en séance plénière est très fréquent. À titre indicatif, en 2016, plus de la moitié des arrêts rendus par la Cour l'ont été en séance plénière en raison de la difficulté de l'affaire, son importance ou son caractère controversé.

Avec ce processus, qui traverse d'ailleurs les traditions juridiques<sup>(10)</sup>, la solennité de l'évolution de jurisprudence s'en trouve accrue. C'est aussi un moyen pour la juridiction constitutionnelle de délivrer un signal sur la portée de la décision et d'établir clairement l'évolution de jurisprudence. Ceci étant, la pratique témoigne que des évolutions substantielles peuvent s'opérer, de façon dissimulée, hors de ces canaux formels, comme en Espagne par exemple<sup>(11)</sup>, ce qui invite à en relativiser l'importance.

## 2. Liberté, aussi, en ce que le Conseil constitutionnel n'a pas systématisé de doctrine stricte du précédent

Pour les Cours qui se revendiquent de la tradition juridique de *Common Law*, comme la Cour suprême du Canada, la doctrine du précédent et l'art de la distinction (*distinguishing*) procèdent de la sécurité juridique. Le principe de la « *stare decisis* » y constitue la pierre d'assise pour assurer la sécurité, la stabilité et la prévisibilité des règles normatives. Il est clair que les normes jurisprudentielles et leur force de précédent y sont reconnues. Pour autant, depuis la fin des années 1960, la Cour suprême est plus flexible quant à l'application du principe par rapport à sa propre jurisprudence -- ce qu'on appelle, au Canada, le *stare decisis* horizontal (par opposition à l'effet vertical). En matière constitutionnelle, la Cour suprême a déjà précisé que « les décisions constitutionnelles ne sont pas immuables, et ce, même en l'absence d'une modification constitutionnelle »<sup>(12)</sup>. Mais elle a émis une mise en garde, en ces termes : « la Cour doit se montrer particulièrement prudente avant d'écarter un précédent lorsque ce revirement a pour effet d'affaiblir une protection offerte par la *Charte* [canadienne] »<sup>(13)</sup>.

En réalité, cette même attention est observable aussi dans les systèmes de droit continental, sans que les cours constitutionnelles qui y siègent ne s'affirment formellement tenues par leurs précédents. Avant de procéder à une évolution de jurisprudence, il n'y a plus guère de cours constitutionnelles qui ne prennent expressément en compte l'exigence de sécurité juridique afin de déterminer si ce changement est nécessaire. Le Tribunal fédéral suisse est exemplaire de pragmatisme à cet égard. Un changement de jurisprudence doit reposer sur des motifs sérieux et objectifs, lesquels, sous l'angle de la sécurité du droit, doivent être d'autant plus importants que la pratique considérée désormais comme erronée ou inadaptée aux circonstances est ancienne. La méthodologie associée à l'évolution de la jurisprudence est ainsi le lieu d'une bonne pratique permettant de prévoir un revirement possible, de l'anticiper. Ce qu'en Suisse on appelle, par une formule imagée, la théorie des clignotants.

## 3. Dans cette entreprise, il ne faut pas négliger que le Conseil constitutionnel est démuné

Le Conseil constitutionnel français est moins bien servi que les autres juridictions constitutionnelles pour « programmer » une évolution jurisprudentielle. Contrairement à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un stock innombrable d'affaires qui permettrait de l'orchestrer. Avec 80 décisions par an, il est forcément tributaire de ce qui lui est transmis. Il ne gère pas un stock, mais seulement un flux. Il le fait de surcroît dans un bref délai impératif (1 mois en contrôle *a priori*, 3 mois pour les QPC), sans possibilité d'étalement. Pas de *cherry picking* permettant de présélectionner des dossiers à une fin programmatique, ni de mécanisme de recevabilité à l'instar de la Cour constitutionnelle allemande qui dispose d'un vivier considérable d'affaires dans lequel puiser pour cheminer. Pas même la possibilité d'évoquer la moindre QPC qui aurait succombé au stade du filtrage.

Certes, parfois, le seul fait qu'il fasse évoluer sa jurisprudence a pour conséquence une « série » jurisprudentielle qui lui permet, le cas échéant, d'affiner cette jurisprudence, comme on a pu l'observer récemment sur le principe *Ne bis in idem* ou sur le droit de communication de certains organismes. Mais cela ne lève pas l'incertitude propre à cette configuration du contrôle de constitutionnalité qui oblige le Conseil constitutionnel, soit à exister par coups d'éclat, soit à adapter ses méthodes pour répondre à la demande croissante de prévisibilité de la jurisprudence constitutionnelle.

## 2. Méthodes de l'évolution jurisprudentielle

Parmi les bonnes méthodes que les cours constitutionnelles adoptent en vue d'une bonne gestion de l'évolution de leur jurisprudence, deux aspects

## 1. Une évolution jurisprudentielle, plus encore un revirement, doit être dûment identifiée et motivée

Au rang des pratiques rédactionnelles qui permettent d'apprécier le degré « justificatif » de la motivation, la plupart des cours constitutionnelles mentionnent systématiquement leurs précédents sur une question semblable ou analogue, soit en citant la décision concernée, soit en renvoyant à une position générale de la jurisprudence. C'est une garantie de stabilité, de cohérence et de continuité de la jurisprudence constitutionnelle. Ça l'est plus encore lorsque l'autorité juridique de tels précédents est formellement reconnue dans le système des sources du droit du pays considéré, au Canada pour reprendre cet exemple, mais aussi en Suisse. Ainsi, dans la pratique du Tribunal fédéral suisse, la référence aux arrêts antérieurs est perçue comme la source principale de droit.

Il est vrai que cette pratique n'est pas dans la tradition d'autres cours, africaines notamment, où les références expresses aux précédents sont absentes ou demeurent peu fréquentes dans le corps de la décision. C'est vrai aussi en France, même si le Conseil constitutionnel développe cette mention dans les visas de ses décisions. Bien entendu, cela n'empêche pas les cours de réitérer leurs considérants de principe, parfois quasi-immuables, ce que le Tribunal constitutionnel d'Andorre appelle joliment les « canons de constitutionnalité ».

D'autres cours sont beaucoup plus explicites lorsqu'elles décident de réexaminer une position, s'écarter d'un arrêt antérieur ou opérer un revirement de jurisprudence. Si cela arrive, la Cour constitutionnelle belge l'indique expressément dans la décision, de façon très didactique, en mentionnant les motifs qui justifient le revirement ; comme le fait la Cour suprême du Canada en cas de nouvelle question de droit ou de modification de la situation.

Les techniques de rédaction des décisions, particulièrement dans leur partie argumentative, doivent tenir compte de cette situation. Ce sont plus généralement les techniques d'interprétation du droit qui méritent d'être exposées, comme le font de plus en plus les cours constitutionnelles. C'est particulièrement vrai pour l'intensité du contrôle exercé, où la motivation joue un rôle central en termes de prévisibilité. La plupart des juridictions constitutionnelles utilisent des formules rédactionnelles qui permettent d'identifier l'intensité du contrôle selon le principe en jeu ou la liberté en cause, si l'examen se limite à un contrôle marginal ou restreint ou à l'opposé, un contrôle plus approfondi dans l'appréciation de la proportionnalité, cette quête de la juste mesure qui constitue désormais un standard universel.

## 2. Une évolution jurisprudentielle doit être explicitée

De façon générale, et en particulier en présence d'une évolution jurisprudentielle, il est essentiel de retenir, dans la rédaction des décisions, une approche explicite et pédagogique. Envers le législateur, au premier chef, pour souligner les limites et le domaine de son intervention. Envers les autres juges et l'administration chargés de faire appliquer les décisions constitutionnelles et décliner leurs effets pratiques. Envers, aussi, les avocats qui ont vocation à stimuler l'évolution jurisprudentielle dans leur rôle si bien nommé d'« auxiliaire de justice ». Et bien sûr auprès des justiciables et des citoyens, afin d'en favoriser l'acceptation sociale.

Une motivation claire et accessible pour le lecteur informé permet d'endiguer, y compris dans les maisons qui y seraient traditionnellement portées, la politique de l'implicite. La pédagogie passe, quant à elle, par des « intermédiaires explicatifs »<sup>(14)</sup> et notamment par des dispositifs d'accompagnement des décisions, sous la forme de différents supports de communication (commentaires, communiqués, traductions, entretien presse...) que chaque cour juge bon ou non de mettre en place. Même si ces documents se distinguent formellement des décisions, et s'il ne s'agit aucunement d'une motivation complémentaire hors d'elles, ils éclairent voire renforcent le raisonnement du juge et la bonne compréhension de ses décisions. La méthode présente une certaine efficacité pour éviter ou vider les difficultés d'interprétation des décisions des cours constitutionnelles : ne pas laisser croire qu'il y a eu revirement, ce qui est parfois fantasmé, ou pointer du doigt ce qui a évolué. S'agissant du Conseil constitutionnel français, le soin apporté pour mettre au clair, par voie de commentaires lors de contentieux QPC, le revirement de sa jurisprudence relative à la communication des données de connexion posé en contrôle *a priori* en est un exemple notable<sup>(15)</sup>. Il s'est poursuivi pour accompagner l'approfondissement du contrôle d'un point de vue substantiel<sup>(16)</sup>, lui-même opéré de manière plus explicite par le Conseil constitutionnel.

L'explicitation ne sert pas qu'à justifier la solution sur le plan du droit, elle est aussi un levier œuvrant à la promotion de la culture constitutionnelle auprès de tous les acteurs de la société civile. C'est vrai pour toutes les décisions, mais plus encore pour celles qui contiennent une évolution de jurisprudence. Cet accompagnement permet que celles-ci soient comprises et entendues, moyen de se prémunir au mieux contre le risque d'ineffectivité, et d'atténuer le sentiment d'imprévisibilité de la jurisprudence.

## 3. Car ce sentiment est encore relativement répandu en France

Il n'est pas rare, ni nouveau, qu'au sein des ministères ou du Parlement la contrainte constitutionnelle soit appréhendée, avec une certaine fébrilité et selon l'humeur, comme un risque diversement évaluable. En tant que tel, le sentiment que la production décisionnelle peut être insuffisamment

éclairée par la jurisprudence est pour partie irréductible et ne peut être durablement absent. On reproche, parfois exagérément, à la jurisprudence constitutionnelle de ne pas situer avec précision la protection des droits fondamentaux dans un système global fondé sur des lignes directrices parfaitement lisibles.

De même, les études empiriques menées auprès des avocats montrent que le caractère aléatoire des résultats des QPC est accru par ce qui est largement exprimé, d'abord par méconnaissance ou par défaut de familiarité, comme une faible prévisibilité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>(17)</sup>. Une telle perception constitue un frein souvent avancé pour expliquer la rareté du recours à la QPC auprès d'une majorité de professionnels. Fondée ou non, elle incite à la prudence à l'égard de l'argument constitutionnel. Elle renchérit le coût d'entrée en vue d'utiliser l'outil de la QPC, encore souvent éloigné des pratiques routinières de la plupart des avocats.

Il y a, dans ce ressenti, l'expression exacte de la professionnalisation du contentieux constitutionnel, lequel est un contentieux technique avec des mécanismes propres, où les quelques professionnels aguerris à la jurisprudence constitutionnelle sont moins exposés à l'incertitude. Par ailleurs, l'œuvre de prévisibilité de la jurisprudence est parfois perçue, lorsqu'il ne s'agit pas d'une simple posture, comme insuffisamment secondée par le regard critique de la doctrine, laquelle s'est pour partie écartée, pas seulement dans le domaine constitutionnel, du « choeur à deux voix » romancé par Rivero<sup>(18)</sup>. Le rôle de la doctrine est pourtant déterminant, véritable auxiliaire de juridiction lorsque, laissant les critiques gastronomiques et goûts cinématographiques à chacun, elle se consacre à ressortir les lignes directrices, dégager les perspectives ou les impasses, guider les évolutions possibles et parfois souhaitables de la jurisprudence, tout en se montrant attentive aux observations empiriques et pratiques processuelles.

### 3. Typologie des pratiques contentieuses

La façon dont le Conseil constitutionnel organise certaines évolutions jurisprudentielles, en ayant le souci de la sécurité juridique, répond à plusieurs modèles de pratiques contentieuses, adaptées à son office et aux contraintes propres précédemment évoquées. Sans prétention à l'exhaustivité, on peut en recenser les principales manifestations au regard de la jurisprudence récente.

#### 1. Il y a tout d'abord l'approche corrective

Elle concerne l'hypothèse où une évolution jurisprudentielle n'est pas tout à fait fixée et va non seulement être précisée, mais aussi être corrigée au fur et à mesure des décisions.

Cette démarche est très présente. Elle est manifeste dans l'évolution de la jurisprudence sur le principe *Ne bis in idem*, conduisant le Conseil constitutionnel à affiner sa jurisprudence, pas à pas, et à abandonner en chemin l'un des quatre critères qu'il avait retenus. Elle s'illustre aussi à propos de la consultation habituelle de site Internet terroriste. Une première décision<sup>(19)</sup> avait relevé que les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes « *ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services* ». Souhaitant rétablir ce dispositif après la censure, le législateur a surexploité cette partie de phrase en faisant de l'adhésion à l'idéologie un élément constitutif supplémentaire de l'infraction, espérant lui faire passer l'épreuve de la constitutionnalité. Dans une seconde décision, le Conseil a « corrigé » la formulation en indiquant : \*« Si le législateur a ajouté à la consultation, comme élément constitutif de l'infraction, la manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services, cette consultation et cette manifestation ne sont pas susceptibles d'établir à elles seules l'existence d'une volonté de commettre des actes terroristes »<sup>(20)</sup>. La Cour de cassation ayant réemployé cette « adhésion » au titre d'élément constitutif du délit de recel d'apologie du terrorisme, le Conseil constitutionnel a précisé récemment que cette adhésion n'était pas susceptible d'établir, à elle seule, l'existence d'une volonté de commettre des actes terroristes ou d'en faire l'apologie<sup>(21)</sup>.

L'exemple le plus topique de l'approche corrective est la jurisprudence relative aux discriminations à rebours, dont le contentieux, au risque de s'apparenter à un véritable « parcours du combattant »<sup>(22)</sup>, s'est construit par étapes rapprochées : reconnaissance du principe, modulation du contrôle et réduction du risque de censure, précision progressive de la règle.

Leur contrôle a été ouvert par la décision Metro Holding<sup>(23)</sup>, répété avec deux autres décisions, Natixis<sup>(24)</sup> et Soparfi<sup>(25)</sup>. Toutes trois aboutissent à la censure. Lorsque le législateur a prévu un dispositif dont le droit européen exempte les situations internationales, la différence de traitement qui en résulte entre les nationaux et les Européens ne peut pas être en rapport avec l'objet initial de la loi, ce qui conduit à considérer que cette différence de traitement n'est pas rationnellement justifiée.

Le caractère correctif a été amorcé à la suite de certains commentaires de doctrine qui insistent sur le risque qu'aurait présenté une « absolutisation » des discriminations à rebours.

L'inflexion résulte de la décision Époux V.<sup>(26)</sup>, laquelle intègre l'idée que le contact entre le droit national et le droit européen fait évoluer l'objet de la

loi et qu'il ne faut plus examiner si la différence de traitement est justifiée par une différence de situation en rapport avec l'objet initial de la loi, mais avec son objet « muté » au contact du droit communautaire. Conçue trop strictement, une telle mutation aurait eu pour conséquence de rendre, par construction, toujours justifiée toute discrimination à rebours et donc revirer la solution Metro Holding. Tel n'a pas été le choix du Conseil constitutionnel. Il a considéré, dans les décisions qui ont suivi, Life Sciences Holdings<sup>(27)</sup> et Calogero<sup>(28)</sup>, que l'évolution de l'objet de la loi ne devait pas aboutir à une dénaturation de celle-ci, sauf à faire perdre toute rationalité au dispositif législatif. La dernière touche à cette évolution a été apportée en avril dernier<sup>(29)</sup> afin de lever le doute qui subsistait sur le cas des « discriminations à rebours chimiquement pures », c'est-à-dire celles qui font porter la discrimination sur les nationaux (et non les extra-communautaires), que le Conseil constitutionnel a traité comme les autres.

## 2. Une autre approche pourrait être définie comme explicative

Il s'agit de tirer parti de certaines affaires pour diminuer, voire éviter, le trouble ou l'incompréhension que pourrait susciter une jurisprudence mal comprise.

Le meilleur exemple en est donné par la jurisprudence sur les cavaliers législatifs. La règle est ancienne et le Conseil constitutionnel a pu la faire respecter avec plus ou moins de sévérité selon les périodes. Ces dernières années se caractérisent plutôt par une certaine rigueur, parfois spectaculaire<sup>(30)</sup>. Longtemps, le Conseil s'est borné à donner quelques indications sur son contrôle, qui repose principalement sur la compréhension de ce que contenait le projet de loi d'origine. Il a ainsi indiqué que le lien, au moins indirect, devait être recherché non avec le titre du projet de loi ou les dispositions adoptées par l'autre assemblée, mais avec les dispositions du projet de loi initial. Certains commentaires officiels s'en sont fait l'écho<sup>(31)</sup>. Puis le Conseil a donné le mode d'emploi de son contrôle en modifiant son considérant de principe et en déterminant expressément dans sa décision ce qu'il considérait être le contenu du projet de loi initial<sup>(32)</sup>. L'ultime étape est la reprise de toute cette jurisprudence, sous une forme très explicative, dans un article rédigé par le secrétaire général du Conseil constitutionnel<sup>(33)</sup>. Cette démarche explicative est d'autant plus efficace, qu'elle a été accompagnée, du côté du Parlement, par une évolution des procédures en matière de cavaliers, avec une plus grande rigueur dans l'application de cette règle et même, des évolutions sensibles. Ainsi, à l'Assemblée nationale comme au Sénat, le rapporteur ou le président de la commission précisent à leurs collègues quels sont les sujets sur lesquels portait le projet de loi initial, ce qui détermine le contrôle qu'il effectue du caractère cavalerie ou non des amendements déposés.

La méthode explicative peut conduire le Conseil constitutionnel à renoncer au principe de l'économie de moyen, qui veut qu'il se borne à traiter seulement du grief qui conduit à la déclaration d'inconstitutionnalité. Ainsi, dans sa jurisprudence sur le droit de communication de certains organismes<sup>(34)</sup>, il a pris soin d'examiner d'autres aspects de la disposition qu'il allait censurer, pour indiquer qu'ils ne posaient pas de problème. D'une certaine manière, ceci signale au législateur ce qui passe la rampe de la constitutionnalité, et peut donc être repris, et ce qui ne la passe pas.

## 3. Une troisième approche caractéristique est celle qu'on pourrait qualifier d'incrémentale

Elle consiste à modifier progressivement la jurisprudence par des changements légers, privilégier plusieurs petits changements (souvent non planifiés) plutôt que de grands sauts. On commence petit, quitte à finir gros. La jurisprudence est alors adaptée de façon progressive et plus ou moins continue.

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a commencé par reconnaître un droit d'accès aux archives publiques, fondé sur l'article 15 de la Déclaration de 1789<sup>(35)</sup>, avant de consacrer le droit d'accès, plus général, aux documents administratifs dans sa décision Parcoursup<sup>(36)</sup>.

De la même manière, le Conseil constitutionnel a d'abord consacré le caractère de disposition législative, au sens des exigences de l'article 7 de la Charte de 2004, des dispositions d'une ordonnance non ratifiée, une fois le délai d'habilitation expiré<sup>(37)</sup> avant d'établir que ces dispositions devaient être regardées comme des « dispositions législatives » au sens de l'article 61-1 de la Constitution<sup>(38)</sup>. Confluence des bonnes méthodes, cette dernière décision, particulièrement motivée, signe également une volonté explicative du revirement. Elle illustre bien une évolution en couple.

Une variante de cette approche incrémentale pourrait être relevée dans la démarche *préfigurative*. Ainsi peut-on considérer que la qualification de la protection de l'environnement en tant qu'« objectif d'intérêt général »<sup>(39)</sup>, après n'avoir été qu'un « but d'intérêt général »<sup>(40)</sup>, était le prélude de son affirmation retentissante, quelques semaines plus tard et dans un contexte favorable, en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle<sup>(41)</sup>. Elle préfigure elle-même un nouveau positionnement dans l'appréciation de la balance des intérêts avec lesquels ce principe est confronté.

La progressivité peut encore être illustrée par la jurisprudence sur l'« intérêt supérieur de l'enfant ». Celui-ci a été mobilisé dans l'affaire du mariage pour tous<sup>(42)</sup>, consacré comme une exigence constitutionnelle qui se déduit du droit de mener une vie familiale normale<sup>(43)</sup>, puis développé en dehors de la stricte sphère des relations intrafamiliales<sup>(44)</sup>, avant d'acquiescer en tant que tel, dans deux décisions croisées qui témoignent du soin apporté à cette évolution<sup>(45)</sup>, un statut constitutionnel qui s'étend à d'autres aspects de la vie en société que le cadre familial, et que ne commence à être précisé le degré restreint de contrôle sur son fondement<sup>(46)</sup>.



#### 4. Une dernière approche, qui n'est pas sans lien avec la précédente, est l'approche prudente

Hommage des « sages » du Conseil constitutionnel à la définition romaine de la jurisprudence ? Plus prosaïquement, il s'agit de limiter, dans un premier temps, l'application d'une nouvelle jurisprudence à la seule mesure nécessaire pour répondre à la question posée, en se gardant de la projeter ou de l'étendre.

Un exemple notable peut être trouvé avec la célèbre décision reconnaissant le principe de fraternité. Peu de commentateurs ont relevé que le Conseil constitutionnel s'était borné à déduire de ce principe une norme de concrétisation très spécifique, circonscrite à la situation dont il était saisi : \*« Il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national »<sup>(47)</sup>.

On ne saurait affirmer, en revanche, que la prudence a incité le Conseil constitutionnel à mobiliser, sans norme de concrétisation, la théorie des circonstances particulières pour statuer sur la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19<sup>(48)</sup>, alors que sa jurisprudence était déjà dotée du principe de continuité de la vie nationale et de l'exigence constitutionnelle de bonne administration de la justice.

---

Correction, explication, incrémentalisme, préfiguration, prudence, progressivité et circonscription, sont autant de bonnes pratiques de la sécurité juridique en actions. Elles permettent à la jurisprudence constitutionnelle de ne pas souffrir d'incertitudes excessives. À l'heure où l'on exalte, malgré ses nombreux biais, la prédiction fondée sur l'intelligence artificielle et l'algorithme, il n'est peut-être pas inutile de rappeler les vertus du bon sens pratique.

(1) : B. Genevois, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, 1991, n° 59, p. 129.

(2) : G. Vedel, « Témoignages d'anciens du Conseil constitutionnel », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, LGDJ, 1999, p. 66.

(3) : B. Genevois, *op. cit.*, spéc. p. 130.

(4) : Sur les facteurs du revirement qui, pour peu qu'on y soit attentif, permettent leur prévisibilité, voir T. Di Manno, « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n° 20.

(5) : On se permet de renvoyer à M. Disant, « L'appréhension du temps dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. À propos du changement de circonstances », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, n° 54, pp. 19-30.

(6) : En ce sens, pour un refus exprès, en Allemagne, BVerfGE 18, 224 (240).

(7) : La Cour EDH s'en tient aussi à juger que « les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante » : CEDH, 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, n° 20153/04.

(8) : F. Mélin-Soucramanien, « La notion de jurisprudence du Conseil constitutionnel », in D. Lavroff (dir.), *Aspects de la pratique constitutionnelle en France et en Espagne*, Presses universitaires de Bordeaux, 2001, p. 199.

(9) : Article 16 BVerfGG.

(10) : Par exemple, dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence (dont la demande fait de surcroît l'objet d'un formalisme particulier contrôlé par le *registrar*), considéré par nature comme un cas difficile, les jugements de la Cour suprême du Royaume-Uni sont rendus à neuf juges, alors que les jugements sont rendus le plus souvent à cinq juges.

(11) : F. Fernandez Segado, « Les revirements de la jurisprudence constitutionnelle en Espagne », 2006, n° 20.

(12) : *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680.

(13) : *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609.

(14) : Pour reprendre la formule de Guy Canivet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 238.

(15) : Voir Commentaires sous Cons. const., déc. n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017, *M. Alexis K. et autre*, s'agissant du revirement constitué par

(16) : Voir Commentaires sous Cons. const., déc. n° 2019-789 QPC du 14 juin 2019, *Mme Hanen S.* et n° 2020-841 QPC du 20 mai 2020, *La Quadrature du Net et autres*

(17) : M. Disant et P. Deumier (dir.), *La QPC en actions. Usages et stratégies des avocats*, Rapport de recherche QPC 2020, janvier 2020, 299 pages.

(18) : J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, p. 36

(19) : Cons. const., déc. n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *M. David P.*

(20) : Cons. const., déc. n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P.*

(21) : Cons. const., déc. n° 2020-845 QPC du 19 juin 2020, *M. Théo S.*

(22) : S. de Monès et R. Vallerie, « Le contrôle constitutionnel des discriminations à rebours : un parcours du combattant », *Revue de droit fiscal*, 9 juillet 2020, n° 28, 301.

(23) : Cons. const., déc. n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash*

(24) : Cons. const., déc. n° 2016-553 QPC du 8 juillet 2016, *Société Natixis*

(25) : Cons. const., déc. n° 2017-660 QPC du 6 octobre 2017, *Société de participations financière*

(26) : Cons. const., déc. n° 2016-615 QPC du 9 mars 2017, *Époux V.*

(27) : Cons. const., déc. n° 2018-699 QPC du 13 avril 2018, *Société Life Sciences Holdings France*

(28) : Cons. const., déc. n° 2019-813 QPC du 15 novembre 2019, *M. Calogero G.*

(29) : Cons. const., déc. n° 2019-832/833 QPC du 3 avril 2020, *M. Marc S. et autre*

(30) : Cons. const., déc. n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, avec près d'une trentaine de dispositions censurées pour ce motif.

(31) : Voir Commentaires sous déc. n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Époux B. et autres*, sur la façon dont il fallait interpréter l'expression « *texte transmis* »

(32) : Cons. const., déc. n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019, *Loi d'orientation des mobilités*.

(33) : J. Maïa, « Le contrôle des cavaliers législatifs, entre continuité et innovations », *Titre VII*, avril 2020, n° 4.

(34) : Cons. const., déc. n° 2019-789 QPC du 14 juin 2019, *Mme Hanen S.* et n° 2020-841 QPC du 20 mai 2020, *La Quadrature du Net et autres*

(35) : Cons. const., déc. n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017, *M. François G.*

(36) : Cons. const., déc. n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020, *Union nationale des étudiants de France*

(37) : Cons. const., déc. n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5*

(38) : Cons. const., déc. n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, *M. Sofiane A. et autre*

(39) : Cons. const., déc. n° 2019-808 QPC du 11 octobre 2019, *Société Total raffinage France*

(40) : Cons. const., déc. n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC*

(41) : Cons. const., déc. n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes*



(42) : Cons. const., déc. n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*

(43) : Cons. const., déc. n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, *Loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*

(44) : Cons. const., déc. n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*

(45) : Cons. const., déc. 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation et de réforme pour la justice*, et 2019-768 QPC du 21 mars 2019, *M. Adama S*

(46) : Cons. const., déc. n° 2019-826 QPC du 7 février 2020, *M. Justin A.*

(47) : Cons. const., déc. n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre*

(48) : Cons. const., déc. n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*

### Citer cet article

Mathieu DISANT ; Sébastien MILLER. « La jurisprudence constitutionnelle est-elle prévisible ? Pratiques de la sécurité juridique », Titre VII [en ligne], n° 5, *La sécurité juridique*, octobre 2020. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-jurisprudence-constitutionnelle-est-elle-previsible-pratiques-de-la-securite-juridique>