

L'ERREUR EN DROIT CONSTITUTIONNEL

Intervention de Monsieur le Président Pierre MAZEAUD,
Président du Conseil constitutionnel

Colloque à l'Institut de France : « L'erreur »
les mercredi 25 et jeudi 26 octobre 2006

Les éminentes personnalités qui m'ont précédé ont déjà proposé des définitions de l'erreur et ont évoqué bien des formes sous lesquelles elle se manifeste dans le domaine juridique.

Aussi ne me hasarderai-je pas à suggérer une nouvelle définition, me proposant simplement, au vu de mon expérience de président du Conseil constitutionnel, et sans me départir de mon devoir de réserve, d'illustrer de manière concrète les manifestations de l'erreur dans le domaine spécifique du droit constitutionnel.

Lorsqu'on tape le mot « erreur », le moteur de recherche en ligne du site internet du Conseil constitutionnel fournit 648 réponses. Et si l'on s'en tient aux décisions du Conseil elles-mêmes, le mot « erreur » y figure pas moins de 171 fois. Il s'agit donc d'une notion que le droit constitutionnel n'ignore pas.

La plupart de ces emplois concernent les décisions rendues en matière électorale. Les erreurs dénoncées, et parfois sanctionnées, consistent alors en diverses irrégularités commises au cours d'une campagne électorale ou lors des opérations de vote elles-mêmes. Il s'agit aussi de l'« erreur matérielle », qui peut éventuellement faire l'objet d'une rectification. Dans les décisions relatives au contrôle de constitutionnalité, où l'emploi du mot est plus rare, l'erreur en

cause est, la plupart du temps, l' « erreur manifeste d'appréciation » du législateur, qui, si elle est avérée, entraîne la censure des dispositions qu'il a adoptées.

Ces catégories d'erreur sont connues, et il est, à vrai dire, difficile d'identifier des types d'erreur spécifiques au droit constitutionnel. Les particularités que je m'attacherai à mettre en évidence tiennent donc davantage à la portée de l'erreur et à la manière de l'appréhender et de la sanctionner qu'à sa nature même.

Je vous propose, pour ce faire, de distinguer l'erreur soumise à l'examen du Conseil constitutionnel de l'erreur commise par le Conseil constitutionnel.

Je vous donne peut-être l'impression de négliger ainsi l'erreur que peut commettre le constituant lui-même. Je n'en nie pourtant pas l'existence, mais le temps imparti ne me permet pas d'aborder en profondeur cet aspect de l'erreur en droit constitutionnel, alors même que l'actualité en fournit un exemple frappant. Il a été en effet question, ces derniers temps d'une possible révision de la Constitution espagnole sur les règles de succession de la Couronne, dans le sens d'une égalité totale entre les sexes. La procédure en est toutefois particulièrement lourde puisqu'elle suppose le vote d'un texte à la majorité des deux tiers des chambres, puis la dissolution des Cortes, suivie d'une nouvelle adoption du texte à la majorité des deux tiers et enfin d'un référendum ! Certes, tout texte constitutionnel doit bénéficier de sérieuses garanties de stabilité, mais le constituant ne commet-il pas une erreur en instituant des procédures de révision si lourdes qu'elles paralysent quasiment toute évolution, même consensuelle ?

Je pense à un autre exemple de procédure de révision constitutionnelle quasi-impossible, celle qui impose une majorité de "oui" en nombre d'inscrits. C'est le

cas dans tel pays d'Europe centrale que j'ai visité au cours de l'année écoulée... Au chapitre de la révision constitutionnelle, le constituant pêche donc plus souvent par excès, en mettant la barre trop haut, que par défaut, en rendant la révision trop aisée.

Je m'arrête là sur ce point et j'en viens au cœur de mon propos.

I. L'erreur soumise à l'examen du Conseil constitutionnel

En l'état du droit, les modalités selon lesquelles le Conseil constitutionnel exerce son contrôle confèrent à l'examen de l'erreur un caractère aléatoire. Quant à la sanction de l'erreur, elle revêt des formes variées.

1. Les aléas de l'examen de l'erreur

a) les aléas de l'examen de l'erreur liés aux caractéristiques du contrôle de constitutionnalité à la française

Le contrôle de constitutionnalité qu'exerce le Conseil présente en effet un caractère aléatoire et incomplet, qui ne le met pas en mesure de faire obstacle à l'introduction, dans le droit positif, de dispositions inconstitutionnelles, qui constituent autant d' « erreurs ».

En premier lieu, le contrôle de constitutionnalité à la française consiste en un contrôle *a priori*, préventif. Il ne peut donc s'agir que d'un contrôle abstrait, qui,

en tant que tel, ne permet de sanctionner que l'erreur théorique, l'erreur abstraite.

Le Conseil n'est en effet saisi que d'un texte qui n'est pas encore entré en vigueur. Pour en apprécier l'exacte portée, il doit certes envisager les cas concrets dans lesquelles son application peut poser problème. Toutefois, aussi loin qu'il pousse son effort d'imagination, il ne peut prétendre appréhender toutes les réalités concrètes, toutes les conséquences possibles de l'application future d'une loi. L'erreur dans l'application de la loi lui échappe, alors qu'elle est au cœur de la jurisprudence d'une autre institution chargée de la protection des droits fondamentaux, la Cour européenne des droits de l'homme.

En deuxième lieu, le Conseil n'a connaissance que d'une partie des lois adoptées par le Parlement. Si sa saisine est obligatoire pour les lois organiques ou les règlements des assemblées, elle est facultative pour les lois ordinaires et les traités.

Toutes les lois ordinaires qui ne lui sont pas déférées échappent donc à son contrôle. Les erreurs qu'elles contiennent ne sont pas sanctionnées et vont irriguer le droit positif, sans que le Conseil puisse s'y opposer.

Au demeurant, nul n'ignore que, parfois, c'est précisément parce qu'elles ne sont pas conformes à la Constitution que certaines lois ne sont pas déférées au Conseil. En particulier, tel est le cas lorsque l'inconstitutionnalité repose sur un consensus et qu'aucun de ceux qui, en l'état des textes, peuvent saisir le Conseil ne se hasarderait à prendre le risque d'une censure. L'amour du pur droit pèse parfois peu face aux réalités politiques, surtout quand la paix sociale est en cause. Qui voudrait venger l'injure faite à la Constitution, lorsque chacun s'en accommode ? Si le Conseil constitutionnel n'est pas aveugle, il est parfois

contraint d'être muet ... puisqu'il ne peut se prononcer que lorsqu'on le lui demande.

L'erreur commise doit cependant demeurer discrète et, en tout cas, nul ne doit s'en vanter. Il est des cas dans lesquels une erreur trop aisément assumée, une inconstitutionnalité trop facilement revendiquée sur la place publique, surtout lorsqu'elle touche aux principes essentiels d'un Etat de droit, appelle une réaction.

Comment ne pas évoquer, à ce propos, le communiqué que j'ai du faire diffuser en septembre 2005, après que le garde des sceaux eût invité les parlementaires à adopter des dispositions selon lui contraires au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère et exhorté les parlementaires de l'opposition de ne pas saisir le Conseil¹ ?

J'ai alors rappelé dans un communiqué, procédé inhabituel, que « *le respect de la Constitution n'est pas un risque mais un devoir* ». En l'espèce, soit dit en passant, le garde des sceaux avait tort de redouter l'examen de constitutionnalité, car le dispositif dont il présentait la censure comme probable en cas de saisine n'a pas été jugé inconstitutionnel par le Conseil. Celui-ci n'a pas regardé en effet comme une punition la mesure par laquelle le juge d'application des peines décide qu'en raison de sa dangerosité, un délinquant sexuel portera un bracelet électronique pendant une période suivant sa libération. Dès lors, la mesure pouvait être rendue applicable aux personnes détenues à la date d'entrée en vigueur de la loi sans entacher celle-ci d'une rétroactivité contraire à la Constitution.

¹ « Il y a un risque d'inconstitutionnalité. Les événements récents vont me pousser à le prendre et tous les parlementaires pourront le courir avec moi. Il suffira pour eux de ne pas saisir le Conseil constitutionnel et ceux qui le saisiront prendront sans doute la responsabilité politique et humaine d'empêcher la nouvelle loi de s'appliquer au stock de détenus »

Quoi qu'il en soit, le contrôle de constitutionnalité à la française, par son caractère aléatoire, présente des inconvénients certains.

Le Conseil a d'ailleurs trouvé, de lui-même, un moyen de les limiter.

Il a ainsi jugé que la conformité à la Constitution d'une loi promulguée peut être contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui en modifient le contenu, la complètent ou affectent son domaine d'application. Ainsi, s'il est saisi d'une loi nouvelle, le Conseil peut partir à la recherche des « erreurs » contenues dans une loi ancienne qui ne lui aurait pas été déférée ou qui lui aurait été déférée mais dont il n'aurait pas perçu, par suite d'une erreur de sa part, le caractère inconstitutionnel. Cela suppose toutefois qu'il soit saisi de la loi nouvelle... à défaut, l'on retombe sur le problème précédemment évoqué.

Un remède souvent préconisé à ces inconvénients serait d'instaurer un contrôle de constitutionnalité après l'entrée en vigueur de la loi, en particulier au moyen d'une « exception d'inconstitutionnalité » donnant lieu à saisine préjudicielle du Conseil constitutionnel par les juridictions de droit commun (ou seulement par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat).

Toutefois, de telles réformes ne sauraient être proposées, et encore moins mises en œuvre, à la légère, comme un tribut offert à l'esprit du temps. Outre qu'elles rendraient nécessaire une modification profonde de l'organisation du Conseil, elles anéantiraient l'un des avantages les plus éclatants du contrôle de constitutionnalité à la française, à savoir la sécurité juridique qu'il procure. Il s'agit là d'un inconvénient majeur, qui dépasse, à mon sens, tous ceux auxquels on prétendrait vouloir ainsi porter remède.

Je voudrais finir sur ce point en évoquant un aspect insolite - et heureusement rare - de la forme que peut revêtir l'erreur au stade de la saisine du Conseil. En 1996, plusieurs députés dont la signature figurait sur la lettre de saisine avaient déclaré qu'ils l'avaient signé "par erreur".

Le Conseil constitutionnel leur avait rappelé qu'aucune disposition de la Constitution ne permet aux parlementaires de le dessaisir et que, « *hormis les cas d'erreur matérielle, de fraude ou de vice du consentement* », le Conseil ne pouvait prendre en compte des demandes qui aboutissaient à faire obstacle à un contrôle de constitutionnalité engagé².

Si ce cas relève de l'anecdote, il n'en va pas de même des erreurs d'argumentation que l'on trouve dans les saisines.

b) Les aléas de l'examen de l'erreur liés aux erreurs d'argumentation

Nul n'étant à l'abri de l'erreur, celle-ci peut en effet se nicher jusque dans l'argumentation même des personnes qui saisissent le Conseil pour dénoncer l'erreur du législateur.

L'erreur trouve alors sa source dans une méconnaissance de la jurisprudence du Conseil ou dans une prise en compte insuffisante de son évolution, voire des revirements qui l'affectent.

Ainsi, le Conseil est régulièrement saisi de moyens qui invoquent, à tort, l'article 66 de la Constitution pour contester l'instauration de toute nouvelle mesure présentant un caractère contraignant.

² Décision n° 96-386 DC du 30 décembre 1996, Loi de finances rectificative pour 1996.

Depuis de nombreuses années, le Conseil rappelle pourtant, à la suite d'une nouvelle orientation de jurisprudence, que si l'article 66 protège la « liberté individuelle » et la place sous le contrôle de l'autorité judiciaire, cette « liberté individuelle » doit être entendue au sens strict de l'« habeas corpus ».

C'est donc souvent en vain que l'article 66 est invoqué. Pas plus tard qu'en janvier dernier, à l'occasion de l'examen de la loi relative à la lutte contre le terrorisme³, le Conseil a encore du rejeter l'argumentation des requérants qui contestaient la procédure nouvelle de recueil automatisé de données relatives aux véhicules, en jugeant que, « *par sa nature même* », elle « *ne saurait porter atteinte (...) à la règle, posée par l'article 66 de la Constitution, selon laquelle nul ne peut être arbitrairement détenu* ».

A vrai dire, l'erreur la plus courante, non seulement dans les saisines, mais aussi dans les manuels de droit constitutionnel, demeure sans doute celle relative à l'« effet cliquet », selon lequel le législateur ne pourrait réglementer les conditions d'exercice d'une liberté qu'afin de la rendre plus effective, tout retour en arrière lui étant interdit. Rarement une théorie aussi peu employée⁴ et aussi rapidement abandonnée⁵ aura connu une postérité aussi flamboyante...

Certes, le Conseil est le premier responsable de l'erreur : après tout, il lui appartenait de ne pas adopter une jurisprudence qui était « intenable », dans la mesure où elle avait pour conséquence de constitutionnaliser toute avancée législative, fut-ce au détriment d'autres droits ou d'autres exigences de valeur constitutionnelle tout aussi éminents.

³ Décision n°2005-532, n° 19 janvier 2006

⁴ Décision n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, cons. 38

⁵ Décision n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, même si appliquée une fois par la suite dans un domaine différent
Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, cons. 81

Il n'empêche qu'il désespère de voir qu'on l'invoque encore, bien qu'il ne cesse de rappeler dans ses décisions que cette jurisprudence est abandonnée⁶.

Une forme particulière de l'erreur que le Conseil constitutionnel constate dans les saisines consiste dans l'erreur d'interprétation de la disposition attaquée. Le Conseil se borne alors à constater que l'argumentation des requérants manque en fait. C'est, certes, désobligeant, mais n'est-il pas désobligeant d'en saisir le Conseil ?

L'un des exemples les plus récents figure dans la décision du 20 juillet 2006 relative à la loi sur l'immigration et l'intégration⁷. Le Conseil y a constaté que l'argumentation qui soutenait que la loi nouvelle confiait tout un pan du contentieux administratif au juge administratif statuant à juge unique manquait en fait.

Ce type d'erreur attriste le Conseil. Combien préférerait-il répondre à une argumentation pertinente, ingénieuse et nouvelle plutôt que d'écarter pour la centième fois et sommairement un moyen erroné et assurément vain !

Les remèdes qu'il apporte à cette situation sont variés.

Parfois, il lui arrive de « redresser » les griefs pour leur donner un tour plus pertinent. Plus radicalement encore, il n'hésite pas, quand il le faut, à relever d'office des moyens d'inconstitutionnalité. Dans une certaine mesure, il met alors en lumière l'erreur des requérants qui n'ont pas pensé à les lui présenter. Il

⁶ ex. : Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 63 à 68

⁷ Décision n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, Loi relative à l'immigration et à l'intégration, cons. 29.

n'use toutefois de ce dernier procédé que dans certaines circonstances, qui dépendent notamment de la gravité de l'erreur commise.

Ceci me conduit à vous entretenir des différents degrés de l'erreur et de sa sanction.

2. La sanction de l'erreur

Les erreurs du législateur que le Conseil examine ne sont pas d'égale portée.

Aussi la sanction qu'il prononce est-elle adaptée au degré de gravité de l'erreur.

Mais, en amont même de la sanction, le degré de contrôle de l'erreur est lui-même variable.

a) les divers degrés du contrôle de l'erreur

Le Conseil n'exerce pas sur toutes les formes d'erreur qui lui sont dénoncées un contrôle de nature uniforme. Son contrôle est au contraire modulable.

Il est, par exemple, poussé en matière pénale. La clarté et la précision de la loi pénale, liées notamment au principe de légalité des délits et des peines posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789, constituent l'une des pierres angulaires d'un Etat de droit respectueux de la liberté des citoyens. Cette exigence s'impose en effet non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions.

La moindre erreur est donc sanctionnée en la matière, que ce soit par une censure ou une réserve d'interprétation. L'une des dernières décisions rendues par le Conseil, celle du 27 juillet 2006⁸, comporte d'ailleurs plusieurs censures de dispositions pénales qui méconnaissaient les exigences constitutionnelles que je viens de rappeler.

Mais il est bien d'autres domaines dans lesquels le contrôle est moins intransigeant.

Cette atténuation du contrôle résulte de la prise en compte de données de nature variée.

Parfois, le Conseil entend volontairement laisser au législateur une marge d'appréciation large : il n'est pas législateur et il n'entend pas jouer le rôle d'une troisième chambre. C'est pourquoi il rappelle régulièrement qu'il « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* »⁹.

En d'autres occasions, le Conseil se borne à tirer les conséquences des contraintes aussi bien matérielles que juridiques dans lesquelles il exerce son office : il prend alors acte de ce qu'il ne dispose pas des moyens de contrôler efficacement toutes les défaillances du législateur. Il peut aussi tenir compte du fait qu'il partage avec d'autres instances juridictionnelles le pouvoir de faire application de certaines normes.

⁸ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI)

⁹ en dernier lieu, Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances (CPE, contrat première embauche, contrat de responsabilité parentale), cons. 20

Dans l'un et l'autre cas, le Conseil constitutionnel décide de ne rechercher et de ne sanctionner que l'« *erreur manifeste d'appréciation* », autrement dit les erreurs les plus graves et, en tout cas, les plus évidentes.

Dans la catégorie des « erreurs manifestes », la dernière née est l'erreur manifeste dans la transposition, par le législateur national, d'une directive communautaire.

Le Conseil s'est en effet engagé, depuis sa décision du 30 mars 2006¹⁰, dans un contrôle des modalités de la transposition, autrement dit de l'intégration dans le droit interne, des exigences des directives communautaires.

Il ne pouvait toutefois, compte tenu des conditions propres au contrôle de constitutionnalité à la française et notamment du délai très court qui lui est strictement imparti pour statuer, se permettre de rechercher les erreurs mineures ou des erreurs si peu évidentes qu'il aurait été nécessaire de procéder à une expertise approfondie dans un domaine où la Cour de justice des communautés européennes exerce, au surplus, une compétence propre que le Conseil n'entend pas lui disputer.

Désireux de ménager les compétences reconnues aux juridictions ordinaires et à la Cour de justice des communautés européennes dans l'application du droit communautaire, mais soucieux également de conserver un rôle éminent dans tout un pan essentiel du droit, il a donc fait le choix d'exercer un contrôle tout en en limitant la portée. Il l'a fait, je crois, avec prudence, au moyen d'ajustements successifs des principes dégagés dans ses décisions de l'été 2004.

¹⁰ Décision n° 2006-535 DC, Loi pour l'égalité des chances (CPE, contrat première embauche, contrat de responsabilité parentale)

Ainsi, le contrôle de la seule erreur manifeste, qui peut être dénoncée comme le paravent de la paresse du juge ou célébrée comme une manifestation de sa modestie, est aussi, tout simplement, l'expression de son réalisme.

b) les divers degrés de la sanction de l'erreur

De même qu'il existe divers degrés de contrôle, il existe divers degrés d'erreur et de sanction de l'erreur.

Il y a bien sûr les erreurs « vénielles », si vénielles parfois que le Conseil ne les relève pas, à supposer même qu'il les ait décelées.

Au dessus d'elles, on trouve les erreurs que le Conseil entend relever mais sans pour autant les sanctionner. Il manifeste alors plus ou moins discrètement sa désapprobation.

Ainsi, à l'occasion de l'examen de la loi portant réforme de l'élection des sénateurs, le Conseil a constaté que, pour deux départements, « *le législateur (avait) apporté une dérogation au mode de calcul qu'il avait lui-même retenu* ». Au lieu de censurer, il s'est borné à émettre une sorte de réprimande ou de remontrance en énonçant que « *pour regrettable qu'elle soit* », cette dérogation n'était pas contraire à la Constitution¹¹.

¹¹ Décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003 – Dans une autre décision, il constate que « *l'absence de dépôt d'un projet de loi de finances rectificative en temps utile, si critiquable soit-elle, est sans effet sur la constitutionnalité de la loi déferée* » (Décision n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003, Loi de finances rectificative pour 2003). De même, en matière électorale, il constate que « *si regrettable* » qu'elle soit, une erreur qui figurait sur les affiches indiquant les modes de justification de l'identité des électeurs, n'a eu de conséquences discriminatoires au détriment de d'aucun des candidats (Décision n° 73-584/593 AN du 11 octobre 1973 A.N., Réunion (3e circ.)).

Plus élevées encore dans la hiérarchie des erreurs sont celles que le Conseil sanctionne par une réserve d'interprétation.

La technique des réserves permet de déclarer une disposition conforme à la Constitution, à condition que l'erreur qu'elle comporte soit neutralisée, autrement dit, à condition que cette disposition soit interprétée ou appliquée de la façon que le Conseil indique.

Les réserves se répartissent elles-mêmes en plusieurs catégories. La réserve peut ainsi neutraliser une interprétation qui serait contraire à la Constitution en prescrivant une interprétation qui lui est conforme. Elle peut aussi prescrire aux autorités chargées de l'application de la loi de l'appliquer de telle ou telle manière. Elle peut même ajouter à la loi ce qui lui manque pour respecter les exigences constitutionnelles.

Il est arrivé qu'elle revête l'apparence d'une véritable injonction au législateur, comme celle émise dans la décision du 15 décembre 2005¹² sur la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006¹³. Le législateur avait financé de manière irrégulière un dispositif de protection contre les menaces sanitaires. La prise en compte de l'intérêt général de valeur constitutionnelle qui s'attache à la protection de la santé a permis d'éviter la censure, mais le Conseil a exigé que l'erreur ne se renouvelle pas, faute de quoi elle serait immanquablement censurée.

Enfin, les erreurs les plus graves, si elles ne peuvent pas être rectifiées par une réserve, entraînent, sans avertissement, la censure.

¹² Décision n° 2005-528 DC

¹³ Cette réserve a été classée comme directive dans les analyses et a également été classée dans la catégorie « injonction au législateur ».

Les exemples abondent en toutes matières, et je me bornerai à rappeler les censures récentes prononcées en matière pénale que j'ai déjà évoquées tout à l'heure.

Certaines erreurs sont d'ailleurs si graves que le Conseil constitutionnel s'en saisit d'office.

Il peut s'agir d'irrégularités formelles, comme celles qui touchent aux cavaliers budgétaires ou sociaux, ou encore à l'adoption d'amendements en méconnaissance des règles constitutionnelles. Il peut également s'agir d'irrégularités substantielles, notamment en cas de méconnaissance soit d'une liberté fondamentale, soit du principe d'égalité, soit des grands équilibres institutionnels, soit enfin de la qualité de la loi.

L'« examen d'office » peut être motivé par un simple souci pédagogique - faire passer un message - ou par la nécessité de fixer une nouvelle jurisprudence. Il n'entraîne pas nécessairement la censure, mais peut se traduire par une réserve.

Au demeurant, le Conseil ne se résout jamais aisément à la censure.

Aussi encourage-t-il tout ce qui peut favoriser la correction d'une erreur.

Ainsi, au moment même où il a restreint drastiquement, dans une décision de mars 2006¹⁴, le dépôt d'amendements lors de la deuxième lecture d'un texte devant le Parlement, il a prévu que certains amendements demeureraient, par exception recevables, comme ceux destinés à assurer le respect de la Constitution ou à corriger une erreur matérielle.

¹⁴ Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, cons. 6

Ceci étant, il existe une forme d'erreur que le Conseil constitutionnel n'a pas vocation à sanctionner. C'est la faute politique qui ne s'accompagne d'aucune violation de la Constitution.

Est-ce à dire, pour autant, que le droit constitutionnel n'est pas en mesure d'offrir un porte de sortie honorable à une erreur politique ? Non.

Un exemple récent atteste du contraire.

Souvenez-vous que le législateur avait adopté, dans la loi la loi du 23 février 2005, une disposition qui prévoyait notamment que les programmes scolaires devaient reconnaître le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord.

Mon devoir de réserve m'interdit d'exprimer sur le contenu de cette disposition un avis personnel, mais force est de constater que le Gouvernement, confronté à de vives réactions, à la fois sur le plan extérieur et intérieur, a très vite considéré lui-même qu'il s'agissait d'une erreur politique.

Soumettre de nouveau le texte au Parlement était à ses yeux une solution à l'issue incertaine.

Aussi a-t-il estimé plus judicieux de saisir le Conseil, comme le lui permet l'article 37 de la Constitution, d'une demande tendant à voir déclarer le caractère réglementaire de cette disposition de forme législative, ce qui lui permettait ensuite de la modifier ou de l'abroger par simple décret.

En toute indépendance et dans la ligne de sa jurisprudence constante, le Conseil a constaté que le contenu des programmes d'enseignement scolaires ne relevait

effectivement pas du domaine de la loi, mais du domaine du règlement. Et la disposition litigieuse a été abrogée peu après par décret.

Une procédure prévue par la Constitution a ainsi permis de réparer une erreur politique.

Toutefois, cette erreur politique n'était qu'une manifestation supplémentaire de l'une des erreurs majeures qui affectent le droit constitutionnel. Je veux parler de l'insupportable envahissement de la loi par des dispositions de caractère réglementaire. Mais l'on aborde ici le problème des erreurs commises par le Conseil constitutionnel lui-même.

II. Le Conseil constitutionnel face à ses propres erreurs

Par principe, le Conseil constitutionnel n'a pas le droit à l'erreur, compte tenu de l'autorité particulière que l'article 62 de la Constitution confère à ses décisions. Celles-ci « *s'imposent* » en effet « *aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ».

Pas plus que toute autre institution humaine, le Conseil n'est pourtant à l'abri de l'erreur.

Bien sûr, il mobilise toutes ses énergies pour l'éviter.

Les décisions sont prises en fonction d'études juridiques approfondies, nourries de l'étude des normes existantes, de la jurisprudence des juridictions judiciaires, administratives, communautaires et internationales, des travaux de la Doctrine, etc. Leur rédaction même consiste en une épuration constante de tout ce qui n'est pas strictement indispensable à la décision rendue : dire le mieux possible,

en moins de mots possible, tout ce qui doit être dit et rien de plus, c'est limiter d'autant les risques d'erreur. Ce n'est pas si facile, surtout si l'on veut rester intelligible...

Malgré les précautions dont il s'entoure, le Conseil ne saurait pourtant, sans présomption, prétendre à l'impeccabilité à laquelle l'oblige l'autorité de ses décisions.

Il a été, très tôt, confronté au dilemme suivant : comment assurer et maintenir son autorité tout en reconnaissant et en rectifiant ses erreurs ? La réponse n'a pas été évidente, comme en atteste l'évolution de la position du Conseil à propos tant des erreurs matérielles que des erreurs sur le fond du droit.

a) la difficile admission de l'erreur matérielle

Longtemps, le Conseil constitutionnel s'est cru infaillible, ou, plus exactement, a considéré que la Constitution elle-même interdisait à quiconque de lui demander de rectifier ses erreurs, fussent-elles matérielles et incontestables.

Il se fondait sur le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, qui dispose que « *les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours* ». « Aucun recours », donc pas même un recours en simple rectification d'erreur matérielle.

Aussi le Conseil n'a-t-il pas hésité, dès 1959, donc dès l'origine, à déclarer irrecevable une requête qui tendait pourtant « *exclusivement* », comme il le reconnaît lui-même, à la rectification d'une simple erreur matérielle¹⁵.

¹⁵ Décision n° 58-90bis AN du 5 mai 1959, A.N., Lozère (2e circ.)

Il lui faudra pas moins de 28 ans pour modifier sa jurisprudence !

Ce n'est, en effet, que dans une décision du 23 octobre 1987¹⁶ rendue dans le cadre du contentieux électoral, qu'il a fait droit, pour la première fois, à une demande de rectification d'erreur matérielle. Pour l'anecdote, il lui était demandé de rectifier un visa qui plaçait à tort la commune de Rabastens dans le département de Tarn-et-Garonne alors qu'elle est située dans celui du Tarn !

Cette évolution a été consacrée, le 24 novembre 1987, par une modification du règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs. Il s'agit d'une décision du Conseil dans lequel celui-ci se reconnaît le pouvoir de rectifier une erreur matérielle qui affecte une de ses décisions. Cette rectification peut être effectuée sur demande. Elle peut également l'être d'office, et le Conseil a déjà effectivement usé, depuis, de cette faculté¹⁷.

Evidemment, le Conseil veille, comme tout juge, à ce qu'un recours en rectification d'erreur matérielle n'ait pas pour objet de contester l'appréciation des faits en cause, leur qualification juridique et les conditions de forme et de procédure selon lesquelles est intervenue la décision¹⁸. Dans le cas contraire, la demande est déclarée irrecevable¹⁹.

¹⁶ Décision n° 87-1026 AN du 23 octobre 1987, A.N., Haute-Garonne

¹⁷ Décision n° 97-2551 AN du 19 mars 1998, Rectifications d'erreur matérielle d'office

¹⁸ Décision n° 97-2209R AN du 20 février 1998 A.N., Var (1e circ.) (demande en rectification d'erreur matérielle)

¹⁹ D'autres dispositions réglementaires permettent également au Conseil de corriger une erreur qu'il aurait commise. Ainsi, l'article 8 du décret du 8 mars 2001 portant application de la loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du président de la République au suffrage universel permet à tout candidat ayant fait l'objet d'une présentation d'effectuer une réclamation contre l'établissement de la liste des candidats. Cette disposition existe depuis 1964, mais le Conseil constitutionnel n'est jamais revenu sur la liste qu'il avait initialement établie.

L'erreur matérielle n'est malheureusement pas la seule erreur que puisse commettre le Conseil. Beaucoup plus grave est l'erreur sur le fond du droit.

b) la correction des erreurs de jurisprudence

Redoutable pour tout juge, l'erreur sur le fond du droit l'est plus encore pour le juge constitutionnel.

Sous la brillante direction du professeur Di Manno, dont les travaux ont inspiré certaines des observations qui vont suivre, le Conseil constitutionnel a récemment consacré l'un de ses cahiers à l'étude des revirements de jurisprudence du juge constitutionnel²⁰. Je ne peux qu'inviter les personnes désireuses d'approfondir leurs connaissances sur le sujet à s'y reporter.

Certains revirements de jurisprudence s'analysent en des rectifications d'erreurs sur le fond du droit.

Avant d'aborder ces revirements, je souhaite vous dire quelques mots sur les modifications que le Conseil apporte à ses considérants de principe, parfois subrepticement, en modifiant par exemple simplement un mot.

Ces réécritures de considérants de principe peuvent constituer une forme camouflée de revirement de jurisprudence, mais, dans la plupart des cas, elles n'ont pas pour objet de remettre en cause la signification de ces considérants.

Elles tendent alors simplement à préciser la pensée du Conseil, à parfaire l'expression des principes énoncés, dont la portée demeure intacte. Elles

²⁰ Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 20, 2006, Dalloz, p. 101 à 146.

permettent de dissiper les interrogations, voire les erreurs d'interprétation que telle ou telle rédaction a pu susciter.

Ces modifications traduisent, certes, une imperfection initiale, et en ce sens, une erreur, puisqu'elles constituent l'aveu que le Conseil n'a pas, comme il l'aurait du, trouvé du premier coup la formulation adéquate.

Quoique le Conseil procède rarement à de tels ajustements, des décisions récentes en fournissent une intéressante illustration.

Le combat que mène depuis plusieurs années le Conseil en faveur de la qualité de la loi avait trouvé sa traduction dans un considérant de principe figurant dans une décision du 12 janvier 2002²¹, souvent repris depuis.

Le Conseil y indiquait qu'il incombe au législateur « *d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (...) lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire (...)* »²².

A l'usage, ce considérant, qui traitait pourtant de la clarté et de l'intelligibilité de la loi, s'est avéré insuffisamment clair, ce qui était, vous l'admettez, paradoxal.

²¹ Décision n° 2001-455 DC, loi de modernisation sociale

²² cons. 9

Sensible aux critiques de la Doctrine, le Conseil constitutionnel l'a simplifié dans sa décision du 27 juillet 2006, en supprimant toute référence à la clarté de la loi, qui était en fait surabondante.

C'est désormais « *le plein exercice de (la) compétence* » que la Constitution confie au législateur, et non plus le principe de clarté de la loi, qui fonde les obligations qui s'imposent au législateur quant à la qualité de la loi.

Sur le fond, vous en conviendrez, la portée du principe n'est en rien modifiée, mais plutôt que de reprendre inlassablement une formulation acquise, le Conseil a préféré remettre l'ouvrage sur le métier pour donner plus de force à l'une des lignes directrices de sa jurisprudence actuelle. Qui le lui reprochera ?

J'en viens maintenant à la correction des erreurs sur le fond du droit.

Seul un revirement de jurisprudence permet de les rectifier. J'entends, par « revirement », l'adoption d'une solution nouvelle incompatible avec une solution antérieure.

Les revirements du juge constitutionnel peuvent être perçus comme la négation même de sa mission : comment le juge constitutionnel peut-il changer son interprétation d'une règle fondamentale dont la stabilité est pourtant la raison d'être ? Ne s'agit-il pas d'un ferment de ruine de son autorité et, plus encore, de l'autorité même de la Constitution ? Ne s'agit-il pas d'une usurpation, dans la mesure où le juge constitutionnel paraît s'offrir une « *révision constitutionnelle à peu de frais* » ?

Ces objections sont excessives. Comme l'a rappelé le professeur Di Manno, « *comme tous les juges, le juge constitutionnel n'est pas infaillible. Il est*

sujet à des erreurs. Le revirement de jurisprudence est donc, pour lui aussi, le moyen de faire acte de repentance et de redresser une ligne jurisprudentielle erronée. Il permet également et surtout d'adapter, tout en douceur, la Constitution aux évolutions de la société, des idées et des mœurs ».

Si le revirement de jurisprudence est donc possible, il n'est cependant pas toujours aisé à mettre en œuvre.

Il répond à des causes diverses et réclame une certaine maturation.

La jurisprudence des juridictions ordinaires internes, des juridictions internationales ou des autres cours constitutionnelles, à laquelle le Conseil prête une attention constante, peut le conduire à modifier ses propres solutions.

Il en va de même des critiques de la Doctrine ou de l'évolution du contexte général de la société et de la vie publique.

Le revirement prend des formes variées. S'il revêt, parfois, l'apparence discrète d'une modulation d'un considérant de principe, il est, en général, visible et pleinement assumé.

Il peut être brutal et immédiatement appliqué, mais il peut aussi être annoncé dans un premier temps et mis en œuvre uniquement à l'occasion d'une décision ultérieure. C'est vers cette seconde solution que le Conseil s'est très clairement orienté au cours des dernières années.

Ainsi, dans une décision du 19 janvier 2006²³, le Conseil a explicitement annoncé sa volonté de restreindre l'exercice du droit d'amendement au stade de la deuxième lecture d'un texte par les assemblées, afin de mettre fin à la multiplication préoccupante de dispositions additionnelles en fin de navette.

²³ Décision n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006, cons. 26

Ce nouveau principe n'a pas été appliqué le jour même. En revanche, le législateur ayant été expressément averti de l'adoption de cette nouvelle jurisprudence, le Conseil n'a pas hésité à censurer, quelques semaines plus tard, une disposition législative adoptée en méconnaissance de ces nouvelles prescriptions²⁴.

Certains revirements de jurisprudence sont parfois très progressifs et je voudrais ici évoquer un thème qui me tient à coeur.

Chacun sait que l'intrusion excessive de la loi dans le domaine réglementaire est l'un des phénomènes marquants des dernières décennies. Chacun sait aussi que j'ai dénoncé publiquement cette situation, y compris devant le président de la République à l'occasion des vœux pour l'année 2005.

La Constitution de 1958 avait pourtant fait le bon choix en séparant strictement le domaine de la loi et en le séparant du domaine du règlement.

Sans doute les erreurs se sont-elles accumulées : erreur, peut-être, du constituant lui-même qui n'a pas trouvé les formules et mécanismes propres à garantir le respect effectif de la répartition qu'il entendait instaurer. Erreur, sans doute, de l'Exécutif qui n'a pas su ou pas voulu utiliser les instruments que le constituant lui avait tout de même donnés. Tentation sans cesse accrue du Parlement à gonfler la loi de détails. Propension des milieux politiques à traiter par la loi toute question considérée comme importante à un moment donné. Erreur, enfin, du Conseil constitutionnel qui a donné trop longtemps une interprétation par trop extensive des termes utilisés par l'article 34 de la Constitution pour définir le domaine de la loi.

Voilà un bel exemple d'accumulation d'erreurs !

²⁴ Décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, cons. 9 et 10

Certes, j'admets qu'il est des hypothèses dans lesquelles la loi doit pouvoir empiéter sur le domaine réglementaire, par exemple lorsque l'intelligibilité des textes en dépend ou lorsque, pour des motifs politiques, le Parlement entend trancher lui-même des questions de nature réglementaire. A cet égard, une célèbre décision du 30 juillet 1982 a jugé que « *la Constitution n' (avait) pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi* ²⁵ ».

Mais cela doit demeurer l'exception. A défaut, l'on aboutit à l'hypertrophie de la loi, avec, pour conséquence, l'instabilité des textes et la surcharge de l'ordre du jour des assemblées.

Il est, hélas, plus aisé de diagnostiquer l'erreur que de la corriger.

Le Conseil s'est pourtant engagé dans cette voie difficile.

Sa décision du 21 avril 2005 sur la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école²⁶ a été l'occasion d'amorcer une évolution significative.

Les requérants critiquaient la présence dans la loi déferée de dispositions de nature réglementaire et le Conseil a déclaré que certaines dispositions présentaient effectivement le caractère réglementaire, autrement dit qu'elles n'auraient pas du figurer dans une loi.

Le Conseil a toutefois fait preuve de prudence dans cette nouvelle orientation.

Le remède apporté à une erreur si ancienne et si communément admise, y compris par ceux-là même qui en perçoivent les inconvénients, doit être administré en évitant toute brutalité qui pourrait terrasser le patient...

Cette prudence s'est manifestée de trois façons :

²⁵ Décision n° 82-143 DC, cons. 11

²⁶ Décision n° 2005-512 DC

- d'une part, le Conseil n'a pas censuré ces dispositions réglementaires - mais le simple fait de constater qu'elles ont un tel caractère vaut réprimande du législateur et « déclassement » des dispositions en cause, celles-ci pouvant être directement abrogées ou modifiées par le pouvoir réglementaire ;
- d'autre part, le Conseil ne s'oblige pas à une traque exhaustive des éléments réglementaires contenus dans un texte de loi, tâche qu'il lui serait d'ailleurs souvent impossible en pratique d'effectuer dans le délai qui lui est imparti pour statuer ;
- enfin, le Conseil n'a pas entendu relever ce moyen d'office, se réservant de ne statuer sur ce point qu'à la demande des requérants.

Ira-t-il plus loin à l'avenir ? Je ne le sais, encore que je le souhaite.

L'affaire des empiètements de la loi sur le règlement démontre en tout cas que, en matière constitutionnelle plus encore qu'ailleurs, mieux vaut prévenir que guérir.