

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFDC&ID_NUMPUBLIE=RFDC_058&ID_ARTICLE=RFDC_058_0387

Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? . Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

par Florence GALLETTI

| Presses Universitaires de France | Revue Française de Droit Constitutionnel

2004/2 - n° 58

ISSN 1151-2385 | ISBN 2-1305-4645-5 | pages 387 à 417

Pour citer cet article :

— Galletti F., Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? . Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Revue Française de Droit Constitutionnel 2004/2, n° 58, p. 387-417.

Distribution électronique Cairn pour les Presses Universitaires de France.

© Presses Universitaires de France. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Existe-t-il une obligation de bien légiférer ?
Propos sur « l'incompétence négative du législateur »
dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

FLORENCE GALLETTI

Par rapport à la tradition républicaine des III^e et IV^e Républiques, la V^e République se caractérise par le traitement qu'elle réserve à la délimitation de compétences entre le domaine de la Loi et du Règlement, délimitation de compétences inscrite dans la Constitution du 4 octobre 1958. La V^e République est marquée dès l'origine par une réévaluation des rapports Législatif-Exécutif, Parlement-Gouvernement, au profit de la seconde de ces institutions. L'affaiblissement multiforme du Parlement devient une constante du régime constitutionnel et politique. Toutefois, ce constat n'est pas exempt de paradoxes, comme le révèle le droit constitutionnel jurisprudentiel développé, *via* le Conseil constitutionnel, aux fins de réguler l'activité normative des pouvoirs publics¹. Parmi les sujets de réflexion offerts par ce droit constitutionnel jurisprudentiel sous la V^e République², on trouve la question de la *compétence du Législateur*.

En apparence, le thème de *la compétence du Législateur* est peu mobile et peu susceptible de rebondissements. Il se trouve pourtant nuancé et renouvelé ces dix dernières années surtout. Ainsi, par exemple, on peut se demander si la rationalisation du Parlement opérée et réussie suffit à certifier que la *compétence législative* a été, juridiquement, amoindrie, ou remise en cause, pour ce qui est de sa fonction essentielle, légiférer ? A répondre par l'affirmative – le développement indéniable de la « norme réglementaire » multiforme y conduit – il faudrait expliquer comment cette compétence essentielle de la représentation nationale a été atteinte, et la fonction de légiférer affaiblie (par quelle institution ou « norme » concurrente et sous l'aval de quel gardien constitutionnel ?). Or c'est plutôt une réponse négative que suggère le droit constitutionnel juris-

Florence Galletti, docteur en Droit public, Faculté de droit de Paris XII Saint Maur.

1. L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RD publ.*, 1987, p. 4-20 ; G. Knaub, « Le Conseil constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'État », *RD publ.*, 1983-II, p. 1149-1168.

2. L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *RD publ.*, 1986, p. 395 et s. ; L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 10^e éd, 1999. On se reportera, au besoin, à la table des décisions et notes située en fin de cet ouvrage, pour toute référence qui manquerait à celles citées dans cet article.

prudential construit depuis une vingtaine d'années. Le champ d'intervention juridique offert à la compétence du Législateur paraît en effet toujours plus élargi, *in abstracto* au moins, bénéficiant d'un domaine de compétence (protégé) conféré par la Constitution et le bloc de constitutionnalité, révélés et interprétés par le Conseil de manière extensive. Sur le fondement de divers articles de la Constitution (34, 46, 37, 38, au départ), *la compétence du Législateur* est saisie à l'occasion de chaque décision de contrôle de la constitutionnalité d'une loi, et ne cesse d'être affirmée dans la jurisprudence constitutionnelle. En définitive, *la compétence du Législateur* est de plus en plus protégée ou défendue par le Conseil, au besoin contre les parlementaires eux-mêmes. Cette jurisprudence n'est pas détachable d'un contexte, celui de la complexification des sociétés européennes depuis la seconde moitié du xx^e siècle, qui démultiplie la demande de juridicisation des rapports sociaux, favorise l'explosion du droit (des disciplines juridiques, des nouveaux champs techniques, des institutions, des régimes...) et ouvre au Législateur un pouvoir fort étendu, voire discrétionnaire, pour légiférer. Ce pouvoir potentiel du Législateur n'est pas arbitraire cependant, il s'exerce dans le respect des textes. La Loi en France n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution et le Conseil constitutionnel y veille (cc, n° 85-197 DC, 23 août 1985)³.

C'est donc hors de l'explication juridique, qu'il faudrait rechercher les raisons de l'affaiblissement d'un Parlement-Législateur qui légifère(ra) trop, peu, ou mal⁴. En ce qui concerne le droit constitutionnel jurisprudentiel, l'évolution inattendue de l'attitude du Conseil constitutionnel devant la question de la compétence du Législateur n'est pas une entrave à la compétence du Parlement ; elle est parfois une entrave à sa liberté d'agir, mais pas à sa compétence. Par une appréciation récurrente de la compétence, ou de l'incompétence « positive », et surtout « négative », du Législateur, dans la rédaction d'un texte de loi, par la sanction pour inconstitutionnalité de la loi en tout ou partie, le Conseil constitutionnel consacre la compétence législative, et même le contenu de cette compétence législative qui semblait faussement aller d'elle-même. Ce faisant, il trace les contours d'une obligation pour le Législateur, celle *d'exercer sa compétence, donc de légiférer*. C'est un développement jurisprudentiel un peu singulier car cette obligation ne ressortait pas complètement du texte constitutionnel, bien que l'article 34 prescrive des matières dans lequel le Législateur a compétence pour intervenir.

C'est un point qui s'intègre en partie au débat sur la délimitation matérielle/organique, limitée/extensive, du domaine de la Loi, et à la place de celle-

3. cc, n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Rec.*, p. 70, *RJCI*-238, *GD*, n° 38. On relira L. Favreau, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 33 et s. ; « Légalité et constitutionnalité », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 3, 1997, p. 73 et s. ; J.-C. Balat, *La nature juridique du contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution de 1958*, PUF, 1983.

4. Cf. sur le thème, G. Baynast de Septfontaines, *L'inflation législative et les articles 34 et 37 de la Constitution*, thèse de droit public, P. Avril (dir.), 1997 ; Ph. Chrestia, « La rénovation du Parlement, une œuvre inachevée », cette *Revue*, n° 30, 1997, p. 293-322 ; J.-M. Belorgey, *Le Parlement à refaire*, Gallimard, 1991 ; D. Maus, *Le Parlement sous la V^e République*, PUF, 3^e éd., 1996, « Le Parlement et les cohabitations », *Pouvoirs*, n° 91, 1999, p. 71-81. Mais le seul champ que l'on entend explorer ici est celui de l'attitude juridique du Conseil constitutionnel devant la question de la compétence du Législateur.

ci devant le Conseil constitutionnel⁵. En effet, les nombreuses décisions où le Conseil est amené à examiner le texte de loi, et à apprécier s'il y a eu *incompétence négative du Législateur*, c'est-à-dire si le Législateur « est resté en deçà de sa compétence »⁶, oblige à s'interroger sur la fonction de légiférer. Ce sont autant de questions sur l'étendue de la fonction de légiférer (marge de manœuvre laissée aux représentants, difficultés de la question de la répartition de compétences prévue ou non prévue au texte constitutionnel...), et sur la nature de la fonction (éclatement de l'exercice réservé de la souveraineté nationale avec des délégations légales ou indirectes à des organismes investis d'une part de la législation...) qui se posent.

Sous la V^e République, légiférer a paru d'abord une activité ordinaire, une fonction dont les représentants s'acquittaient par mission ou vocation, l'activité se muant tantôt en une charge, une erreur, un luxe (le procès de l'inflation législative), et parfois en une opportunité à laquelle les parlementaires n'avaient pas forcément accès⁷. La fonction de légiférer était évidente, mais non apparente, et peu défendue. Elle devait s'exercer naturellement, liée aux parlementaires comme la fonction de juger au juge. La fonction de légiférer présente-t-elle un caractère obligatoire désormais ? Il est impossible ne pas tirer les conséquences de la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁸ et il faut admettre qu'il y a visiblement une consécration de l'obligation de légiférer, et même de « bien légiférer », qui pèse sur le Législateur national. Elle n'est pas expressément mentionnée comme telle, mais existe au niveau du contrôle de constitutionnalité préventif dont le Conseil s'acquitte.

Ce temps où le Conseil constitutionnel devait être un instrument de cantonnement du Parlement appartient-il à la même V^e République ? Le Conseil s'est transformé, dans sa jurisprudence et ses objectifs⁹. Le Conseil, usant de l'incompétence négative du Législateur, moyen rattaché au contrôle de constitutionnalité externe de la loi et souvent passé inaperçu¹⁰ car de peu d'impor-

5. Cf. Ph. Blacher, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, PUF, 2001.

6. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2001, p. 136.

7. On renvoie notamment à l'éviction de la voix parlementaire nationale du procédé d'édiction des normes européennes réunissant trois institutions européennes, associant l'exécutif national, mais ne laissant, par dispositions de l'article 88-4 de la Constitution française qu'une voie consultative (les résolutions parlementaires) aux assemblées parlementaires à propos des affaires et normes européennes. Cf. H. Roussillon, « L'article 88-4 de la Constitution française, Le rôle du Parlement dans l'élaboration de la norme européenne », Presses universitaires de Toulouse, 1995. Pour une illustration récente du contentieux autour de l'article 88-4, cf. certains aspects de la saisine parlementaire auprès du Conseil, relative à la loi d'habilitation du Gouvernement à simplifier le droit adoptée par le Parlement le 10 juin 2003, et la décision constitutionnelle rendue, CC n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, rejetant les griefs, déclarant la conformité de la loi (avec des réserves d'interprétation sur l'article 6 de la loi relatif aux règles de la commande publique).

8. Le professeur D. Rousseau consacre depuis quelques années dans sa chronique annuelle de jurisprudence constitutionnelle des développements relatifs à « l'incompétence négative » examinée par le Conseil, sanctionnée ou non.

9. L. Hamon, *Les juges de la Loi. Naissance d'un rôle et d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Fayard, 1987 ; H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 4^e éd., 2000 ; D. Turpin, *Le Conseil constitutionnel, son rôle, sa jurisprudence*, Paris, Hachette, 2000 ; F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, 2^e éd., 1999.

10. En droit constitutionnel, la question de l'incompétence négative du Législateur a été peu traitée. Cf. G. Schmitter, « L'incompétence négative du Législateur et des autorités

tance à côté des difficultés et subtilités offertes par le contrôle de constitutionnalité interne de la loi, donne ici une nouvelle preuve de sa capacité à faire évoluer son rôle, discrètement mais irrémédiablement : il oscille aujourd'hui entre une position de gardien de la compétence du Législateur (I) et celle de censeur de l'obligation de légiférer (II).

I – L'INCOMPÉTENCE NÉGATIVE DU LÉGISLATEUR, INSTRUMENT DE DÉFENSE DE LA COMPÉTENCE DU LÉGISLATEUR PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Alors que le Conseil constitutionnel apparaît depuis 1967 comme l'organe de régulation de l'activité des pouvoirs publics¹¹, une succession de décisions constitutionnelles vient le camper dans une position plus précise encore, celle de garant de l'exercice, et du bon exercice, par le Législateur français, de sa compétence, y compris malgré lui. Autour de la question de la compétence, le Conseil constitutionnel, avec une jurisprudence finalement régulière, va défendre et baliser la compétence du Législateur, jusqu'à amorcer une véritable « consécration constitutionnelle et jurisprudentielle du contenu de la compétence législative »¹². Davantage familiers des décisions du Conseil constitutionnel évoquant *l'incompétence positive du Législateur*, constitutionnalistes et représentants ont dû s'habituer au maniement par le Conseil d'un aspect plus original de la question de la compétence : la découverte (du vice) de *l'incompétence négative du Législateur*, susceptible d'entraîner la non conformité de la disposition, ou de la loi entière, à la Constitution (A). Simple cas de contrôle de constitutionnalité externe¹³, l'incompétence négative du Législateur n'a-t-elle pas une autre portée ? En assortissant *l'incompétence négative du Législateur* relevée dans la loi, à cette sanction dirimante qu'est l'inconstitutionnalité de tout ou partie de la loi, le Conseil, à partir du contrôle de constitutionnalité de la loi, en vient à établir « l'impérativité » de la fonction législative et prescrire au Législateur une obligation de légiférer dans le domaine de sa compétence, domaine de compétence législative que le Conseil se charge de contrôler et de mieux préciser à chaque nouvelle saisine (B).

administratives », *Annuaire international de justice constitutionnelle (AIJC)*, vol. V, GERJC, Aix-en-Provence, 1989, p. 137-176 ; F. Miatti, « Le juge constitutionnel, le juge administratif, et l'abstention du Législateur », *LPA*, 1996, avril-juin, 29 avril 1996, n° 52, p. 4-11. Souvent commentée au double plan du droit administratif et du droit constitutionnel, c'est surtout depuis 1994 qu'elle est commentée sous l'angle du seul droit constitutionnel, de manière plus autonome, cf. l'étude de F. Priet, « L'incompétence négative du Législateur », cette *Revue*, 1994, p. 59-85. Le nombre de décisions du Conseil constitutionnel fournit désormais matière plus que suffisante à commentaire.

11. L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *op. cit.*, p. 5.

12. F. Priet, « L'incompétence négative du Législateur », *op. cit.*, p. 74.

13. P. Blacher, V. Larsonnier, T. Meindl, J. Roux, A. Viala, « Cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », *Rev. adm.*, n° 295, 1^{er} janvier 1997, p. 34-45 ; G. Alberton, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle : les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », *Rev. adm.*, n° 302, 1^{er} mars 1998, p. 267-274 ; S. Bollé, « Les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », *Rev. adm.*, n° 313, 1^{er} janvier 2000, p. 32-42.

A – LE DÉVELOPPEMENT DE L'INCOMPÉTENCE NÉGATIVE DU LÉGISLATEUR
DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

L'expression « incompétence négative » conserve de sa discipline de naissance, le droit administratif¹⁴, son sens général – un refus d'exercer la compétence – accompagnée d'une subdélégation (illégal) de compétence, sens que lui reconnaît aussi le droit constitutionnel, mais c'est à partir de 1967 que « l'incompétence négative du Législateur » acquiert une signification plus autonome en droit constitutionnel : elle est un des deux cas du contrôle de la constitutionnalité externe¹⁵ d'une loi exercé par le Conseil constitutionnel dont le rôle est (devenu) de confronter la loi dont il est saisi au bloc de constitutionnalité ; elle est aussi intrinsèquement liée à cet acte particulier qu'est la Loi, qui n'est ni assimilable, ni réductible aux simples actes administratifs et aux vices de compétence qu'organise le droit administratif à leur endroit ; enfin elle recoupe majoritairement les relations entre Parlement et le Gouvernement traditionnellement attraites aux commentaires de droit constitutionnel ou de science politique.

Mais c'est surtout l'attitude juridique du Conseil constitutionnel devant la question de la compétence du Législateur qui lui a donné son importance. Le Conseil pratique, à partir de requêtes de saisissants ou par saisine d'office, deux sortes d'examen de la compétence ou de l'incompétence du Parlement : s'il peut sanctionner l'incompétence *positive* du Législateur lorsque l'intervention du Parlement se produit dans un domaine qui n'est pas le sien, il a surtout développé l'examen de l'incompétence *négative* du Législateur, à savoir le « fait pour le Législateur de rester en deçà de sa compétence ». Les deux situations sont différentes. Avec l'incompétence négative du Législateur, ce qui est en cause c'est « la rétention de compétence du Parlement »¹⁶, non l'extension de compétence positive qu'il aurait organisé.

En matière d'incompétence négative, la décision constitutionnelle n° 67-31 DC, *Indépendance et inamovibilité des magistrats* du 26 juillet 1967¹⁷, est une

14. Cf. les premières explicitations de la notion administrative avec Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, Berger-Levrault, Paris, 1896. A ce premier courant doctrinal s'oppose vers les années soixante un refus, au moins une nuance, de certains auteurs, de rattacher l'incompétence négative aux moyens de légalité externe. Le juge administratif, lui, a considérablement élargi la notion et les hypothèses qui s'y attachent, et ce sont finalement des administrativistes qui appliquent la notion d'incompétence négative à la jurisprudence constitutionnelle (cf. J. Rivero, *AJDA*, 1976, p. 44 ; C. Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, PUF, 1980 ; J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 1985 ; B. Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, travaux de l'Université de la faculté de droit et de science politique de Clermont I, 1977...) jusqu'à ce que le juge constitutionnel l'utilise à son tour ; cf. G. Vedel « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, p. 57 et s., n° 2, 1997, p. 77 et s. ; M. Ould Boubout, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif », Paris, *Economica*, 1987, p. 136.

15. Au titre du contrôle de constitutionnalité externe, on trouve en France, le vice de procédure et l'incompétence, tandis que le contrôle de constitutionnalité interne de la loi est ouvert pour les cas de violation du bloc de constitutionnalité et de détournement de pouvoir.

16. F. Priet, « L'incompétence négative du Législateur », *op. cit.*, p. 64.

17. cc, n° 67-31 DC, *Indépendance et inamovibilité des magistrats*, *Rec.* 19, *RJC* I-16.

référence. Elle est traditionnellement désignée comme première décision du Conseil sanctionnant l'inconstitutionnalité de la loi pour « incompétence négative du Législateur », expression qui n'a pas toujours suscité l'intérêt des auteurs de doctrine constitutionnelle, et marque le commencement d'une jurisprudence constitutionnelle de l'incompétence négative du Législateur¹⁸, qui s'édifie surtout depuis 1982¹⁹, et que le Conseil continue de construire par plusieurs décisions annuelles²⁰.

18. cc, n° 67-31 DC, *Indépendance et inamovibilité des magistrats*, Rec., p. 19, RJC I-16 ; cc, n° 70-40 DC du 9 juillet 1970, Rec. p. 25, RJC I-22, GD, n° 15 ; cc, n° 72-46 DC du 20 janvier 1972, *Incompatibilités parlementaires*, Rec., p. 21, RJC I-25 ; cc, n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Juge unique*, Rec. p. 22, RJC I-32 ; cc, n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisations*, Rec., p. 18, RJC I-104, GD, n° 31 ; cc, n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Blocage des prix*, Rec. 57, RJC I-130, GD, n° 33 ; cc, n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, *Convention fiscale avec la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 43, RJC I-154 ; cc, n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, *Démocratisation du secteur public*, Rec., p. 49, RJC I-157 ; cc, n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Lois de finances pour 1984*, Rec., p. 67, RJC I-166 ; cc, n° 83-166 DC du 29 décembre 1983, *Prix de l'eau*, Rec., p. 177, RJC I-175 ; cc, n° 84-167 DC du 19 janvier 1984, *Établissements de crédit*, Rec. p. 23, RJC I-177 ; cc, n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Difficultés des entreprises*, Rec., p. 38, RJC I-180 ; cc, n° 83-168 DC des 19 et 20 janvier 1984, (aspects de Fonction publique territoriale), Rec., p. 38, RJC I-180 ; cc, n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, *Réseaux câblés*, Rec., p. 63, RJC I-187 ; cc, n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, *Communication audiovisuelle*, Rec., p. 55, RJC I-192 ; CC. 84-183 DC 18 janvier 1985, Rec., p. 213 ; cc, n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, *Principes d'aménagement*, Rec., p. 49, RJC I-224 ; cc, n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, *Dispositions d'ordre économique et financier*, Rec., p. 46, RJC I-228 ; cc, n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, *Amendement Tour Eiffel*, Rec., p. 78, RJC I-242 ; cc, n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, Rec., p. 141, RJC I-183 ; cc, n° 86-223 DC du 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, Rec., p. 184, RJC I-301 ; cc, n° 87-233 DC du 5 janvier 1988, Rec., p. 9, RJC I-322 ; cc, n° 87-239 DC du 30 décembre 1987, *Loi de finances rectificative*, Rec. p. 69, RJC I-328, cc, n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché*, Rec. p. 71, RJC I 365 ; cc, n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, JO du 27 juillet 1990, p. 9021, Rec., p. 70, RJC I-406 ; cc, n° 91-283 DC du 8 janvier 1991, *Contribution fiscale*, Rec., p. 11, RJC I-417 ; cc, n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, Rec., p. 204, JO, p. 10750, RJC I-533 ; cc, n° 93-323 DC du 5 août 1993, Rec., p. 213, RJC I-535 ; cc, n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, Rec., p. 9, RJC I-562 cc, n° 94-353/356 DC du 11 janvier 1995, Rec., p. 166, RJC I-615 ; cc, n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Rec., p. 183, RJC I-624 ; cc, n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Rec., p. 99, RJC I-675 ; cc, n° 98-399 DC du 5 mai 1998, JO, 12 mai 1998, p. 7092, Rec., p. 245 ; cc, n° 98-401 DC du 10 juin 1998, JO, 14 juin 1998, p. 9033, Rec., p. 258 ; cc, n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, JO, 31 juillet 1998, p. 11770, Rec., p. 276 ; cc, n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, JO, 27 décembre 1998, p. 19663, Rec., p. 312, GD, n° 50 ; cc 98-405 DC du 29 décembre 1998, Rec., p. 326 ; cc 99-416 DC du 23 juillet 1999, Rec., p. 100 ; cc 99-419 DC du 9 novembre 1999, 1998, Rec., p. 116 ; cc, n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, JO, 20 janvier 2000, p. 992 ; cc, n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, JO, 20-22 août 2000, p. 11922...

19. cc, n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisations*, Rec., p. 18, RJC I-104, GD, n° 31, cc, n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Blocage des prix*, Rec. 57, RJC I-130, GD, n° 33 (intérêt de la décision dans son aspect de sanction du renvoi à un décret d'application pour la fixation de la fin du blocage des prix).

20. Cf. notamment cc, n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* ; cc, n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, commentée par B. Matthieu, M. Verpeaux, à propos de la décision du Conseil constitutionnel 2001-456 DC du 22 août 2002, « Chronique de Jurisprudence constitutionnelle », LPA, n° 192, 25 septembre 2002, p. 4-18 ; « Jurisprudence constitutionnelle, 1^{re} partie, Chron. », JCP, éd. G., n° 46 du 13 novembre 2002, p. 2011-2016 ; cc, n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, décision au JO du 10 septembre 2002, p. 14953...

Cette continuité de décisions ramène « l'incompétence négative du Législateur » à un phénomène, susceptible de se produire lors du processus de création de la norme, et susceptible de le retarder, si le Conseil établit son existence. Sous l'angle phénoménologique, l'existence de *l'incompétence négative du Législateur*, ou fait pour le Législateur de rester en deçà de sa compétence, est relevée, dans différentes situations. Lors de la méconnaissance involontaire de sa compétence par le Parlement (la complexité de la répartition des compétences entre mesures législatives et mesures réglementaires nécessaires pour faire appliquer utilement un nouveau texte législatif en est une cause), ou lors de l'amnésie opportune de ses compétences par le Parlement, parfois pris en défaut de laisser à des autorités réglementaires ou autorités diverses la charge de préciser des mesures à peine évoquées dans le texte de Loi, voire inexistantes dans celui-ci. Une liste de ces autorités délégataires transparaît aujourd'hui des décisions constitutionnelles²¹, ainsi qu'une liste de mesures qu'il appartient (par décisions jurisprudentielles constitutionnelles) au Parlement d'édicter avec précision²², clarté, sans préjudice d'un exercice de définition de notions²³ auquel le Parlement ne doit pas déroger quand l'applicabilité apaisée d'une loi dans le *corpus* législatif en dépend. Enfin, ce sont autant d'attitudes constitutives d'incompétence négative du Législateur qui sont mises en lumière et sanctionnées : le fait d'avoir renvoyé à des organes divers l'édiction de règles qu'il est de l'obligation du Parlement d'édicter, l'inscription imprécise ou insuffisante de règles dans le texte de loi, la mention du renvoi à une décision à prendre par des autorités publiques ou privées, le fait de laisser la faculté discrétionnaire à une quelconque autorité de décider, d'apprécier, ou d'adapter pour une situation donnée...

Les supports de l'examen en incompétence négative du Législateur sont aussi hétérogènes que le sont les lois déferées au Conseil, et l'on pourrait faire une liste chronologique exhaustive des renvois qu'avait prévus le Législateur dans maints domaines, et que le Conseil a sanctionnés en déclarant l'inconstitutionnalité de la disposition qui les mentionne.

21. Organes des sociétés nationales dans la décision (CC, n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *op. cit.*), chambres de commerce et d'industrie (CC, n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, *Rec.*, p. 69, *RJC* I-324), Conseil d'administration des établissements d'enseignement supérieur (CC, n° 93-322 DC, 28 juillet 1993, *op. cit.*), comité du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CC, n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *op. cit.*).

22. Ainsi des dispositions législatives trop imprécises, quand il s'agit de règles constitutives d'une catégorie d'établissement public, sont contraires à la Constitution, le Législateur devra les édicter (CC, n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Rec.*, p. 38, L. Favoreu, *RD public*, 1984, p. 687 ; L. Hamon, *D.*, 1984, *IR*, p. 359). De même en matière d'imposition perçue par une collectivité locale, le Législateur devra déterminer les règles de recouvrement de l'impôt de manière suffisante, même s'il peut confier à la collectivité locale le soin d'assurer ce recouvrement (CC, n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Rec.*, p. 326). Le Législateur devra définir les éléments constitutifs d'un délit (CC, n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, *Rec.*, p. 32), *RJC* I-210, *D.*, 1986, p. 425, note Th. Renoux, note L. Favoreu, *RD publ.*, 1986, p. 395, note B. Genevois, *AJJC*, 1985, p. 413 et 419.

23. Dans la décision CC, n° 98-399 DC du 5 mai 1998, *Rec.*, p. 245, cette *Revue*, 1998, p. 634, obs. A. Pena-Gaia, la notion d'associations à « vocation humanitaire » n'a pas été définie par la loi qui aurait dû y procéder ; dans la décision 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi sur le PACS*, *JO*, 16 novembre 1999, p. 16962, les auteurs de la saisine reprochaient que la notion de « vie commune » n'ait pas été définie par la loi, le juge constitutionnel décide que le Législateur n'avait pas à le faire et n'a pas méconnu sa compétence. D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *RD publ.*, n° 1, 2000, p. 46.

Cette jurisprudence peut être systématisée en distinguant, par exemple, les saisines où est examiné le renvoi, par le Législateur, à des autorités possédant un pouvoir réglementaire (Gouvernement, établissements publics, autorités administratives indépendantes, organismes de droit privé...), et celles où est examiné le renvoi à des autorités qui ne disposent pas d'un pouvoir réglementaire.

Ainsi pour le premier cas, le Conseil empêche le renvoi à une autorité disposant d'un pouvoir réglementaire, lorsqu'il empêche le Législateur qui veut renvoyer à la décision d'un *établissement public* (les chambres de commerce et d'industrie) la fixation du taux d'une taxe destinée à financer les dépenses ordinaires des chambres de commerce et d'industrie²⁴, ou lorsque le Législateur laisse aux établissements publics que sont les universités, la possibilité d'adopter, via un vote à majorité simple de leur conseil d'administration, des statuts dérogatoires à ceux établis par la loi Savary²⁵. D'autres décisions examinent les dispositions législatives renvoyant à une autorité indépendante, ainsi la décision constitutionnelle CSA du 17 janvier 1989 qui refuse le transfert de certaines compétences réglementaires au Conseil supérieur de l'audiovisuel, ou celle du 23 juillet 1996 qui empêche qu'une loi laisse au Conseil supérieur de l'audiovisuel le soin d'élaborer des recommandations déontologiques pour l'accès et la diffusion des messages sur réseaux télématiques et internet²⁶, ou la décision examinant la régularité du renvoi à la Banque de France²⁷. Le Conseil exerce également sa vigilance sur les renvois fait au profit d'organismes de droit privé investis ici du pouvoir réglementaire, comme le Conseil des bourses de valeur qui avait été mis en position d'édicter un règlement applicable aux procédures d'offres publiques d'achat ou d'échange, par volonté du Législateur²⁸. Naturellement c'est vers le Gouvernement titulaire d'un pouvoir réglementaire qu'est prévu le plus grand nombre de renvois, contrôlés également par le Conseil. Celui-ci sanctionne alors des renvois forts différents : la délégation au pouvoir réglementaire de la fixation des limites de 40 kilomètres de zone frontalière à l'intérieur de laquelle des contrôles d'identité pourraient être menés après la suppression des contrôles aux frontières après l'entrée en vigueur de la Convention de Schengen²⁹, ou en matière de fonction publique territo-

24. CC, n° 87-239 DC du 30 décembre 1988, *Loi de finances rectificative*, *Rec.*, p. 69, *RJC* I-328, note L. Favoreu, *RD publ.*, 1989, n° 2, p. 399 et s.

25. CC, n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Statut des universités*, *Rec.* p. 204, *RJC* I-533, *JO*, p. 10750, cette *Revue*, 1993, n° 16, 1993, note X. Philippe, p. 831 et s. ; note R. Etien, *Rev. adm.*, 1993, n° 275, p. 443, note B. Mathieu et M. Verpeaux, *LPA*, n° 27, 4 mars 1994, p. 4 et s.

26. Cf. CC, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *CSA*, *Rec.* p. 18, *RJC* I-339, *GD*, n° 42, relative à une loi modifiant la loi n° 86-1087 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication le Conseil déclare contraires à la Constitution les dispositions de la loi nouvellement rédigée sur la liberté de communication qui habilitaient le CSA à fixer seul par voie réglementaire « les règles déontologiques concernant la publicité et les règles applicables à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues à celui-ci », « qu'en raison de sa portée trop étendue, cette habilitation méconnaît les dispositions de l'article 21 de la Constitution » (considérant n° 16). Et CC, n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Rec.*, p. 99, *RJC* I-675, note J. Chevallier, *Rev. fr. dr. adm.*, 1996, p. 909 et s.

27. CC, n° 93-324 DC du 3 août 1993, *RJC*, I-537, note B. Matthieu et M. Verpeaux, *LPA*, n° 27, 4 mars 1994, p. 6 et s. ; note J.-P. Duprat, *LPA*, n° 47, 20 avril 1994, p. 4 et s.

28. CC, n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Rec.*, p. 71, *RJC* I-365, note P. Avril, J. Gicquel, « Chronique constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 52, 1990, p. 189.

29. CC, n° 93-323 DC du 5 août 1993, *JO*, 7 août 1993, p. 11193, *Rec.*, p. 213, *RJC* I-535.

riale, le fait de laisser à un décret en Conseil d'État la décision relative à la composition et au mode de désignation des conseils d'administration des centres de gestion³⁰...

Dans le second cas de figure, l'autorité de transfert n'exerce pas de pouvoir réglementaire, mais le Conseil constitutionnel examine la disposition et sanctionne quand même un renvoi qui n'aurait pas dû avoir lieu puisqu'il appartenait au Législateur de fixer une règle ou d'apprécier un élément. Le Conseil sanctionne par exemple le renvoi, du Législateur ordinaire, au magistrat, dans la décision *Juge unique* du 23 juillet 1975³¹, ou le renvoi à un ministre auquel la loi confie un pouvoir d'agrément fiscal inopportun ou quand elle lui permet de fixer la liste des associations humanitaires bénéficiant de l'immunité pénale³², ou le renvoi à des organes des sociétés nationales inopportunément chargés de l'édition de règles relatives au transfert du secteur public au secteur privé, dans la décision *Nationalisation* du 16 janvier 1982.

La jurisprudence de *l'incompétence négative du Législateur* peut être présentée, non plus par catégories d'autorités, mais par grands domaines d'intervention du Parlement. Deux champs d'intervention se dégagent essentiellement. L'incompétence négative du Législateur a souvent été relevée en matière de droit économique d'abord, entraînant des censures partielles de lois relatives à la nationalisation/privatisation, suscitant des décisions du Conseil relatives au droit de propriété publique³³, au régime des obligations civiles et commerciales³⁴, aux règles pouvant être aménagées par le Gouvernement en ce qui concerne les OCPVM, à propos de la loi relative à la sécurité et la transparence du marché financier³⁵... L'incompétence négative du Législateur est également relevée en matière de fiscalité³⁶, où le Législateur est sanctionné pour n'avoir pas suffisamment exercé sa compétence fiscale en matière de détermination de l'assiette³⁷, en matière de modalités de recouvrement de l'impôt³⁸, et est contrôlé réguliè-

30. CC, n° 83-168 DC, 20 janvier 1984, *op. cit.*, note J.-Cl. Nemery, *AJDA*, 1984, p. 258 ; note L. Favoreu, *RD publ.*, 1984, p. 687 et s.

31. CC, n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Juge unique, Rec.*, p. 32, *RJC* I-32, car une loi ne peut laisser au président du TGI le soin de décider de la composition collégiale ou individuelle du tribunal correctionnel statuant en toutes matières sauf en matière de délits de presse.

32. CC, n° 98-399 DC 5 mai 1998, *Rec.*, p. 245, note F. Luchaire, *RD publ.*, 1998, p. 1015 et s.

33. Sur les conditions de la propriété publique, CC, n°81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisations, op. cit.* Cf. L. Favoreu (dir.), *Nationalisations et Constitution*, Economica, 1982.

34. CC, n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, concernant la représentation des salariés et actionnaires dans les conseils d'administration des établissements du secteur public, et CC, n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisations, op. cit.*

35. CC 89- 260 DC du 28 juillet 1989, *La loi relative à la sécurité et la transparence du marché financier, Rec.*, p. 71, *RJC* I-365, note B. Genevois, *Rev. fr. dr. adm.*, 1989, n° 4, p. 671.

36. Cf. notamment L. Philip, « Le contrôle de constitutionnalité des dispositions fiscales des lois de finances », *Droit fiscal*, n° 8, 20 février 2002, p. 358-362.

37. CC, n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, *Dispositions d'ordre économique et financier, Rec.*, p. 46, *RJC* I-228.

38. CC, n° 90-282 DC du 8 janvier 1991, *Rec.* p. 9, *RJC* I-417 ; cf. aussi CC, n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Rec.*, p. 326, *op. cit.*, portant censure pour incompétence négative du Législateur pour n'avoir pas déterminé les modalités de recouvrement de la taxe sur les activités à caractère saisonnier que les services de l'administration municipale recouvrent à leur profit.

rement par des saisines sur les lois de finances³⁹ et de financement de sécurité sociale (LFSS).

Avec le domaine de la protection de droits fondamentaux⁴⁰ ensuite, l'incompétence négative du Législateur trouve un terrain privilégié pour se développer. Elle est un moyen pour le Conseil de protéger des atteintes à leurs droits, aussi bien les personnes publiques comme les collectivités territoriales⁴¹, que les personnes privées individuelles. Ce sont autant de lois susceptibles de réduire le niveau de protection des droits fondamentaux, parce qu'elles comportent des renvois qui atteignent les libertés publiques, les infractions, les procédures, qui sont déferées au Conseil, contrôlées porteuses d'incompétence négative et modifiées ensuite pour ce qui concerne les dispositions illégales. Sont souvent déferées au Conseil les grandes lois impliquant des positions ou des choix de société⁴², textes vis-à-vis desquels l'attitude du Conseil est de moins en moins en retrait, bien qu'il se défende de se substituer au Législateur. Sont en plus obligatoirement déferées les lois de finances, et de sécurité sociale. Restent naturellement des décisions constitutionnelles qui ne se rattachent pas, ou difficilement, à ces grands domaines, mais s'inscrivent comme des jurisprudences importantes ; ainsi par exemple en matière de technique de création d'établissement public, la décision du 28 juillet 1993⁴³ dans son aspect de censure d'une loi permettant au Gouvernement de fixer des règles dérogatoires à la loi du 26 janvier 1984 sur les universités, alors que cette compétence appartient au Législateur en vertu de l'article 34 (3^e alinéa, tiret 2) qui prescrit la compétence législative pour fixer les règles concernant la création de catégorie d'établissement public.

La présentation tracée à grands traits de la jurisprudence constitutionnelle renforce le sens juridique de l'incompétence négative du Législateur : tributaire d'une logique juridique spécifique, elle est un instrument de consécration constitutionnelle de la compétence législative.

B – LA JURISPRUDENCE DE L'INCOMPÉTENCE NÉGATIVE DU LÉGISLATEUR COMME CONSÉCRATION DE LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE

Bien qu'il soit difficile d'évoquer une jurisprudence autonome, puisque la question de l'incompétence négative est souvent mêlée à d'autres points dans

39. CC, n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Lois de finances pour 1984*, R. p. 67, *RJC I-166*, sanctionnant le Législateur pour incompétence négative par exemple. Ces dernières années 2002 et 2003, les lois de finances ne comportaient pas d'incompétence négative (cf. *infra*).

40. Plus largement, J. Robert, « La protection des droits fondamentaux et le droit constitutionnel français. Bilan et réforme », *RD publ.*, 1990, p. 1255 ; *Le juge constitutionnel, juge des libertés*, Montchrestien, 1999.

41. Cf. les décisions relatives au principe de la libre administration des collectivités territoriales. CC, n° 83-168 DC des 19 et 20 janvier 1984, *op. cit.*, CC, n° 87-231 DC du 5 janvier 1988, *Rec.*, p.7, *RJC I-317*, note L. Favoreu, *RD publ.*, 1989, n° 2, p. 399.

42. Cf. décision relative à la loi Aubry sur les 35 heures, et J.-É. Schoettl, « La Loi de modernisation devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, n° 15, 21 janvier 2002, p. 3-30 ; « L'examen par le Conseil constitutionnel de la Loi d'orientation et de programmation pour la justice », Note sous Conseil constitutionnel, 29 août 2002, *La Gazette du Palais*, n° 247 du 4 septembre 2002, p. 3-26 ; la décision CC, n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi sur le PACS*, *JO*, 16 novembre 1999, p. 16962 (de rejet du grief d'incompétence négative).

43. CC, n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *op. cit.*

les décisions constitutionnelles, la construction d'une jurisprudence constitutionnelle de *l'incompétence négative du Législateur*, reste liée à la question de la *défense de la compétence du Législateur*. Sous la V^e République, les méthodes du Conseil constitutionnel pour encadrer et/ou défendre la compétence législative n'ont jamais manqué⁴⁴. Les actes du Gouvernement concurrençant la norme législative, dits règlements d'administration publique, disparaissent (évolution contenue dans la décision du Conseil du 26 juillet 1967, *préc.*), tandis qu'est organisé un procédé de délégation de compétences au Gouvernement sous forme d'ordonnance sous contrôle du Conseil constitutionnel. La définition de la Loi progresse, avec une jurisprudence qui établit désormais que les empiétements de la loi sur le domaine réglementaire n'encourent pas l'inconstitutionnalité. Aux éléments de défense de la Loi, peuvent toutefois être opposés l'emprise gouvernementale indéniable au long de la procédure législative, l'inspiration (exécutive) de nombre de lois promulguées, et développement pratique de la norme réglementaire multiforme pour des raisons techniques et de diligence essentiellement, enfin la transformation du rôle du Parlement qui voit la réduction de certaines de ses attributions, en même temps que lui échoient de nouvelles activités. Il n'est alors pas déraisonnable de penser que le nouveau lien (jurisprudentiel) établi entre *Conseil* et *Législateur*, et créé à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois, s'est construit dans un contexte de nature à entraver l'action de Législateur.

La jurisprudence constitutionnelle qui lit les textes de loi sous l'angle du respect de la compétence du Législateur, construit la compétence du Législateur. D'abord en élargissant cette compétence (1), ensuite en clarifiant la répartition des compétences (2)

1 – L'incompétence négative du Législateur, contribution à la définition de la compétence de la Loi

La jurisprudence constitutionnelle étend le domaine réservé de la Loi, domaine dont la définition n'est pas épuisée par l'énumération contenue à l'article 34, mais est complétée par les décisions constitutionnelles successives.

L'incompétence négative du Législateur suppose *ab initio* qu'il y ait une compétence du Législateur, plus exactement que la Constitution ou le bloc de constitutionnalité prescrivent une compétence du Parlement. Se fondant sur diverses dispositions, l'article 34 du texte constitutionnel naturellement, ou les articles 61 alinéas 1 et 2, 64, 72, 73, 74 par exemple, mais aussi les articles 3, 4, 11, 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, le Conseil constitutionnel interprète largement cette compétence, il la rappelle et la conforte alors qu'elle n'apparaît pas toujours explicitement. Faute de prescription textuelle directe de la compétence législative, il suffit d'une possibilité de rattachement des mesure, règle, ou décision d'une autorité, incriminées, à un article de la Constitution prévoyant la compétence du Parlement ou à une règle de valeur

44. L. Philip, « Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel », *RD publ.*, 1983, p. 401 et s. ; O. Beaud, O. Cayla, « Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel », *RD publ.*, 1987, p. 677 et s. ; J.-M. Blanquer, *Les méthodes du juge constitutionnel*, thèse de droit public, Paris II, 1993.

constitutionnelle, pour que le Conseil rappelle la compétence du Législateur. Le lien de rattachement est défendu, fût-il lâche. Ainsi, en matière de date d'entrée en vigueur de dispositions fiscales, une jurisprudence censure des lois qui laissent au pouvoir réglementaire le soin de fixer la date d'entrée en vigueur d'une disposition fiscale, sans fixer de limite ; le Conseil en appelle à l'article 34 (CC, n° 86-223 DC du 29 décembre 1986, CC, n° 90-277 DC du 25 juillet 1990), mais ce point de l'entrée en vigueur d'une disposition fiscale est davantage rattaché à la compétence législative traditionnelle en matière fiscale (importantes attributions du Législateur), que par référence aux dispositions de l'article 34 sur l'assiette, le taux, les modalités de recouvrement de l'impôt. Le Conseil use aussi, au besoin, d'un double rattachement, pour dire que la mesure en cause relève de la compétence législative à deux titres. Le texte de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen devient une source d'où le Conseil extrait de nouveaux fondements de compétence législative. Le Conseil contribue à définir un contenu quantitatif de la compétence législative. Il existe aussi un contenu qualitatif de la compétence législative auquel le Conseil semble de même s'attaquer (cf. *infra*).

A l'inverse, aucun grief d'incompétence négative ne peut être retenu contre le Parlement si celui-ci n'a pas vocation à agir. Le Conseil rejette dans plusieurs décisions l'*incompétence négative*, qu'il s'agisse d'un argument contenu dans la saisine parlementaire, ou d'un moyen examiné d'office par le Conseil : CC, n° 97-388 DC, 20 mars 1997 ; CC, n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, *Allocations familiales* ; CC, n° 98-404 DC, 18 décembre 1998 ; CC, n° 99-416 DC, 23 juillet 1999 ; CC, n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *JO*, à propos de la loi sur le PACS⁴⁵. Dans certaines circonstances, on ne doute pas que la saisine en *incompétence négative du Législateur* soit devenue un moyen opportun de contestation d'une loi, ou partie de loi, pour des parlementaires en désaccord avec le corps et l'esprit du texte, ou pour des parlementaires de l'opposition pris dans le système majoritaire et partisans ponctuels d'une restauration du pouvoir parlementaire dans la République. Au-delà de ces hypothèses d'instrumentalisation (parlementaire), du droit de saisine du Conseil, et du contrôle de constitutionnalité⁴⁶, restent les autres situations où les parlementaires croient identifier un abandon par le Législateur de sa compétence, interprétation que le Conseil rejette.

2 – Incompétence négative du Législateur et clarification de la répartition des compétences

En examinant un texte de loi sous l'angle du respect de la compétence du Législateur, le Conseil, à partir d'une saisine d'office sur le texte, ou à la suite de requêtes de saisissants, développe une jurisprudence censée clarifier la répar-

45. CC 97-388 DC, 20 mars 1997, *Rec.*, p. 31, *RJC* I-701 ; CC, n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, *Allocations familiales*, *Rec.*, p. 320, *RJC* I-721, *GD*, n° 49 ; CC, n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, relative à la Loi de sécurité sociale, *JO*, 27 décembre 1998, p. 19663, *Rec.* p. 312, *GD*, n° 50 ; CC, n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *JO*, 28 juillet 1999, p. 11250 ; CC, n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi sur le PACS*, *JO*, 16 novembre 1999, p. 16962.

46. G. Carcassonne, « La stratégie de ceux qui saisissent », *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, *AFDC*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1995, p. 50 et s. ; B. Mercuzot, *Les saisines parlementaires du Conseil constitutionnel dans le contrôle de constitutionnalité des lois*, thèse de l'Université de Bourgogne, 1991.

tition de compétences qui relèvent du seul Législateur par exemple. Pour le cas de lois organiques, le Conseil saisi d'office est ainsi amené à vérifier le respect de la répartition des compétences entre Législateur organique et Législateur ordinaire, en distinguant si le Législateur qui prend les mesures agit en qualité de Législateur organique ou ordinaire, et s'il le fait convenablement⁴⁷. Pour la loi ordinaire⁴⁸, le Conseil empêche les éventuels empiétements du pouvoir réglementaire sur le Parlement, ainsi que ceux du Parlement sur le domaine réglementaire, selon un procédé différent et moins lourd de conséquences puisqu'il n'y a pas d'inconstitutionnalité de la loi, mais déclassement de mesures.

C'est donc le contrôle sur le transfert de la compétence législative au Gouvernement qui est la ligne essentielle de défense de la compétence législative. Sont concernées ces situations où le Législateur a attribué à une autre autorité le soin de déterminer les règles dans une matière dont il aurait à connaître et dans laquelle il devrait être actif. *Au plan de la norme* que les pouvoirs publics entendent créer et inscrire au corpus législatif national, l'incompétence négative du Législateur se rattache à la question des rapports de complémentarité entre la Loi et le Règlement⁴⁹, nécessairement imbriqués pour permettre la mise en œuvre effective d'une loi nouvelle⁵⁰, complétée utilement par toutes mesures d'application nécessaires, prises en la forme réglementaire le plus souvent. Au plan institutionnel, l'incompétence négative recoupe prioritairement les transferts établis, des assemblées parlementaires vers l'autorité réglementaire (Gouvernement). Transferts en formes légales, comme avec le procédé de l'ordonnance, ou transferts plus simples, et sans formalisme particulier telle une mention d'un simple renvoi à l'autorité gouvernementale dans le texte de loi.

47. Cf. notamment la décision 92-305 DC, 21 janvier 1999, *relative au statut de la Magistrature*, JO, *Lois et décrets*, 29 février 1999, p. 3122-3128., la décision 98-404 DC, 18 décembre 1998, relative à la *Loi de sécurité sociale*, *op. cit.*, ou la décision 99-409 DC, 15 mars 1999, JO, 21 mars 1999, p. 4238, déclarant une disposition de la loi ordinaire relative à la Nouvelle-Calédonie, disposition organique, et en conséquence l'inconstitutionnalité de cette disposition adoptée selon une procédure non conforme à la Constitution. Cf. aussi à propos de la décision 2001-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, la saisine d'office du Conseil sur le contenu et le domaine de loi et la déclaration d'inconstitutionnalité de deux dispositions : J.-E. Schoettl, « L'examen par le Conseil constitutionnel de la Loi d'orientation et de programmation pour la justice », Note sous Conseil constitutionnel, 29 août 2002, *La Gazette du Palais*, n° 247 du 4 septembre 2002, p. 3-26 ; et *LPA*, n° 178, 5 septembre 2002 ; B. Matthieu, commentaire de la décision, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *LPA*, 6 janvier 2003, n° 4, p. 1013.

48. Ph. Terneyre, « La procédure législative ordinaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RD publ.*, 1985, p. 691.

49. Sur ce thème, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, *Le domaine de la loi et du règlement*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2^e ed. 1981 ; P. Le Mire, *La loi et le règlement : articles 34, 37, et 38 de la Constitution*, document d'étude de la Documentation française, 1994 ; X. Prétot, « La délimitation des compétences législatives et réglementaires », *Dr. Soc.*, 1986, p. 258 et s. ; et pour des domaines spécifiques, cf. par exemple J.-F. Lachaume, « La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement dans le droit de l'aide sociale », *Revue de l'aide sociale*, 1982, p. 1 et s., et surtout les tableaux de répartition par domaines, in M. de Villiers, T. S. Renoux, *Code constitutionnel*, Litec, 2001, p. 385-412.

50. La question de l'incompétence négative doit être reliée à celle de l'effectivité du droit, M.-A. Frison-Roche, W. Baranes, « Le souci de l'effectivité du droit », *Recueil Dalloz*, 1996, *Chron.* p. 301 et s., et à celle de la sécurité juridique, F. Luchaire, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 1^{er} novembre 2001, p. 67-69.

L'hypothèse textuelle la plus courante est celle du renvoi à un décret. En la matière, toute délégation irrégulière (et directe) de compétence est sanctionnée⁵¹.

La sanction du Conseil constitutionnel en incompetence négative s'inscrit dans une perspective de défense de la Loi. Elle est un second volet de la conception selon laquelle, en vertu de la hiérarchie des normes, le Législateur n'a pas à consentir de délégation autrement que de manière dérogatoire. Cette dérogation à la compétence du Parlement est prévue, interprétée restrictivement, et contrôlée par le Conseil, c'est le *transfert de compétence par ordonnance*, qui nécessite des lois d'habilitation déléguant une part de pouvoir législatif au Gouvernement. A ce schéma, il faut ajouter les situations de délégations « indirectes » (toutes les autres délégations) de compétence au Gouvernement ou à d'autres autorités non gouvernementales non nécessairement investies d'un pouvoir réglementaire, auxquelles le Législateur attribue une part de sa fonction de légiférer. Ces transferts sont parfois invalidés. Il est des cas où il n'y a pas de « délégation » juridique formalisée dans le texte de loi, mais où celle-ci est implicite ; la délégation est « contenue en germe dans la loi »⁵², « car il est clair que si le Législateur n'a pas prévu les dispositions adéquates dans un domaine déterminé, c'est une autre autorité qui y pourvoira, et tout laisse à penser qu'il s'agira du Gouvernement »⁵³. Les décisions constitutionnelles ont donné une réalité à cette prédiction, avec, de plus en plus, un glissement d'attributions vers des autorités de relais, distinctes du Gouvernement.

Il y a là un glissement de sens de la jurisprudence constitutionnelle de l'incompétence négative, il s'agit non seulement de veiller à la répartition des compétences mais surtout de lutter contre le silence (partiel) du Législateur. Cette censure d'une abstention caractériserait un contrôle de constitutionnalité à caractère préventif, prévention non plus contre l'erreur (dans la compréhension de la répartition des compétences législatives et réglementaires⁵⁴), mais contre l'inaction législative. Quand le Conseil relève l'incompétence négative du Législateur et y voit, soit un motif ajouté à d'autres, soit un motif unique et suffisant, pour déclarer l'inconstitutionnalité de la Loi ou de la disposition, ce qui est sanctionné est la carence à agir du Législateur, que masque et révèle à la fois, la délégation à d'autres ; derrière le vice d'incompétence, élément d'un contrôle de constitutionnalité externe, n'y a-t-il pas davantage, c'est-à-dire une incrimination d'une attitude du corps législatif, au moins dans les espèces où le renvoi à une autre autorité ne peut être imputé à une erreur dans la maîtrise de la répartition des compétences ? Suivant les auteurs, c'est cette attitude de « défaussement » ou d'opportunité, cette impéritie, qui affleure et que le Conseil refuse. En sanctionnant une disposition d'un texte, fût-ce préventivement, le Conseil a fini par instiller une obligation surprenante pour le Législateur, celle de légiférer.

C'est cet aspect de l'incompétence négative du Législateur comprise comme instrument de sanction de l'obligation de légiférer qu'il convient de développer.

51. Cf. par exemple CC, n° 80-115 DC du 1^{er} juillet 1980, *Rec.*, p. 34 *RJC* I-79. ; CC, n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, *Rec.*, p. 42 *RJC*. I.-81 ; CC, n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, *Rec.*, p. 49, *RJC* I-224 ; CC, n° 93-323 DC du 5 août 1993, *RJC* I-535.

52. F. Priet, « L'incompétence négative du Législateur », *op. cit.*, p. 71.

53. *Ibidem*, p. 71.

54. Interrogation ancienne sous la V^e, cf. par exemple, L. Hamon, « Le domaine de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *D.*, 1960, p. 283 et s.

II – L'INCOMPÉTENCE NÉGATIVE DU LÉGISLATEUR, INSTRUMENT DE SANCTION DE L'OBLIGATION DE LÉGIFÉRER PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Si la fonction de légiférer a trop longtemps relevé d'une évidence, cette dernière était invisible. Quelques auteurs rappellent l'importance de la fonction et entendent éclairer l'existence de l'obligation (de légiférer) qui s'y rattache⁵⁵. Nulle part n'est explicitement mentionnée l'existence d'une obligation générale de légiférer à la charge du Législateur, mais celle-ci naît indirectement, de certaines dispositions constitutionnelles, d'une part, de la politique jurisprudentielle du Conseil, d'autre part. Faut de constitutionnaliser une obligation positive, le Conseil constitutionnel, au gré de déclarations d'inconstitutionnalité de la (les) disposition(s) attaquée(s), fournit une sanction tout à fait effective à cette obligation encore en filigrane qu'est, pour le Législateur, l'obligation de compétence législative-obligation de législation (A.). Il importe de tirer les enseignements de cette jurisprudence puisqu'elle commence à préciser, quant à diverses matières dont le Parlement a eu à connaître, ce que le Parlement peut et doit faire, et ce qu'il lui est loisible de faire faire, laisser faire ou ne pas faire. C'est la norme (en devenir) qui est immédiatement sanctionnée, mais c'est l'attitude du Législateur en amont qui est stigmatisée.

Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil sur l'incompétence négative se limite-t-elle à faire apparaître l'obligation de compétence législative pour le Législateur ? On peut voir dans quelques jurisprudences, et dans l'attitude du Conseil, une nouvelle suggestion à destination des parlementaires, révélant peu à peu les contours d'une *obligation de bien légiférer*. L'expression, encore difficile à définir, sera investie de sens par des décisions constitutionnelles futures. D'une obligation de moyen (bien légiférer, donner toutes ses chances au texte, présentation d'un texte permettant à la loi d'atteindre ses objectifs et d'exploiter toutes ses potentialités), ne se dirige-t-on pas vers une obligation de résultat en matière de législation (la loi devra atteindre l'objectif et une évaluation du texte n'est pas exclue) ? La loi ne se contente pas d'être rédigée de manière à pouvoir être la mieux appliquée. Elle doit être rédigée de manière à atteindre le résultat. L'hypothèse est extrême et devrait naturellement être assortie d'un contrôle constitutionnel supplémentaire – contrôle *a posteriori* de la loi – permettant une évaluation de la loi – contrôle qui n'existe pas, de manière générale⁵⁶, dans le système français.

55. J.-M. Garrigou Lagrange, « L'obligation de légiférer », in *Mélanges Ph. Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, LGDJ, 1999, p. 305-321 ; P. Avril, « Le parlement Législateur », *RFSP*, 1981, p. 16 et s., F. Miatti, « Le juge constitutionnel, le juge administratif, et l'abstention du Législateur », *op. cit.*, p. 4. ; J.-L. Pezant, « Contribution à l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958 », in *Mélanges Burdeau*, 1977, p. 455 et s.

56. Contrairement à une majorité de contrôles de constitutionnalité d'Europe occidentale, en France, l'exception d'inconstitutionnalité, ou procédure de contrôle de lois promulguées et déjà en vigueur, n'a pas été mise en place. A une jurisprudence ferme en vertu de laquelle on ne peut contester la conformité d'une loi qu'avant sa promulgation (contrôle *a priori*), cc, n° 78-96 DC 27 juillet 1978, *Rec.* p. 29, *RJC* I-61, cc, n° 97-392 DC, 7 novem-

Reste malgré tout cette impression, qu'avec l'incompétence négative du Législateur, il ne s'agit plus d'action, mais de qualité, dans l'exercice de l'activité normative. Par quelques aspects des décisions en effet, le Conseil semble passer du contrôle de la compétence législative, au contrôle de la qualité de la norme dans son contenu, son origine et ses omissions (B).

A – LA DÉCLARATION D'INCONSTITUTIONNALITÉ, SANCTION D'UNE OBLIGATION DE LÉGIFÉRER EN FILIGRANE

C'est prioritairement l'étude de la sanction en inconstitutionnalité qui suggère une consécration constitutionnelle de l'obligation de compétence législative⁵⁷. Aujourd'hui la sanction constitutionnelle qui empêche un futur texte législatif est le meilleur argument en faveur de l'existence d'une obligation de légiférer. Comprise différemment suivant les auteurs, comme un veto⁵⁸, ou comme une technique permettant à la majorité gouvernementale et parfois à une minorité parlementaire de mieux exprimer la volonté générale en l'expurgant d'une inconstitutionnalité⁵⁹, elle est, en tout cas, la sanction effective d'une obligation de légiférer en filigrane. De la même manière que ce sont les recours auprès de la Cour de justice des Communautés européennes qui ont matérialisé « le recours en carence » contre une institution communautaire inactive et donné corps à l'obligation pour celle-ci d'agir⁶⁰, et dans une autre

bre 1997, *Rec.* p. 335, *RJC* I- 20, quelques aménagements ont été admis, sous des conditions spécifiques (cc, n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Rec.* p. 43), *RJC* I-223, *GD*, n° 37 ; cc, n° 89-256 DC 25 juillet 1989, *Rec.* p. 53, *RJC* I-355 ; cc, n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, *Rec.*, p. 87, *RJC* I- 671 ; cc, n° 97-388 DC 20 mars 1997, *Rec.*, p. 31, *RJC* I-701 ; cc, n° 99-410 DC 15 mars 1999, *JO*, 21 mars 1999, p. 4234.

57. Sur la sanction législative moderne, Ph. Blacher, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, *op. cit.*, p. 159-174 ; A. Pizzorusso, « Les effets des décisions du juge constitutionnel », *ALJC*, 1994, p. 11 et s. ; G. Drago, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel*, *Economica-PUAM*, coll. « Droit public positif », 1991, p. 91 et s.

58. Cl. Emeri, « Gouvernement des juges ou veto des sages », *RD publ.*, 1990, p. 335.

59. Ph. Blacher, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, *op. cit.*, p. 168, rappelant la position de D. Rousseau « De la démocratie continue », in *La démocratie continue*, Bruylant-LGDJ, 1995, p. 22 ; Ch. Bidegaray, Cl. Emeri, « Du pouvoir d'empêcher : veto ou contre-pouvoir », *RD publ.*, 1994, p. 325-352.

60. L'exigence de production normative existe dans le système institutionnel européen. Elle est d'ailleurs une condition pragmatique de la construction européenne. Parmi les recours directs que prévoit le contentieux européen, le « recours en carence » (art. 175 CE) permet de lutter contre les inactions des institutions (Commission, Conseil, et depuis le traité sur l'Union européenne, du Parlement et de la Banque centrale européenne). L'abstention « de statuer » ou la carence « à agir » sont visés par les traités et la CJCE a compétence pour connaître de ces inactions institutionnelles. Lorsque le droit de l'Union européenne impose l'adoption d'un acte, organes constitutionnels, et requérants (personnes physiques ou morales) peuvent demander l'adoption de l'acte à l'institution en cause et requérir contre le défaut de prise de l'acte. Les conditions du recours varient toutefois selon la qualité du requérant ; les opérateurs constitutionnels peuvent requérir contre l'abstention de prendre n'importe quel type d'acte (règlement, directive, décision, recommandation, avis, propositions) ; les personnes physiques ou morales, particuliers ou entreprises, peuvent saisir la Cour et faire grief à l'une des institutions d'avoir manqué de leur adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis. Le requérant établit qu'il est destinataire d'un acte qui doit produire des effets juridiques déterminés, ou que l'institution, sommée d'agir, omet de prendre un acte auquel il peut prétendre en vertu des règles communautaires. Toutefois un particulier ne saurait exiger des institutions qu'elles interviennent dans un sens déter-

mesure, le « recours en manquement » contre un État dont un organe se voit imputer une abstention ou un refus de prendre des mesures juridiques obligatoires⁶¹, la sanction du Conseil sur un texte matérialise l'obligation de compétence du Législateur, et elle le fait avec plus d'efficacité que le système du recours européen ou que celui d'autres États qui prévoient seulement le signalement de l'incompétence négative au Législateur, sans autre suite souvent⁶². En France, la sanction de l'obligation de compétence et d'action est dirimante. Non contestable, elle ne peut non plus être contournée. Les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics, aux autorités administratives et juridictionnelles. Elle fait supporter au Législateur, désireux de voir aboutir un texte, une nouvelle charge⁶³.

Qu'il y ait eu sanction d'inconstitutionnalité pour incompétence négative du Législateur uniquement, ou pour incompétence négative doublée d'une inconstitutionnalité pour violation d'une disposition constitutionnelle au fond, le Parlement doit, lors d'une nouvelle réflexion sur le texte, réécrire les dispositions sanctionnées ou parfois la Loi en son entier. Il ne peut le faire qu'en utilisant pleinement sa compétence, à savoir en inscrivant toutes les dispositions nécessaires pour rendre (juridiquement) viable ce projet de texte touchant à une matière dans laquelle il possède le *premier* titre de compétence⁶⁴. Il appartient au Parlement de trouver discrétionnairement, mais nécessairement, ce qui, dans la

miné. En parallèle au recours, la Commission disposant comme le Conseil d'un pouvoir d'ordre normatif, intervient parfois pour pallier une carence du Conseil qui menace l'effectivité d'une compétence communautaire ; l'article 155 CEE est la « base nécessaire et suffisante à la compétence de la Commission aux fins de prendre les décisions appropriées à la variété des situations de vide juridique » (F. Lamoureux, « Les pouvoirs de la Commission en cas de vide juridique du fait de la carence du Conseil », *RMC*, 1994, p. 212), et on a vu se généraliser cette pratique où la Commission prend des mesures conservatoires « mesures de gestion nécessaires » « à titre conservatoire », pour assurer la continuité de la PAC par exemple. M. Blanquet, *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États de la Communauté*, LGDJ, 1994, p. 89.

61. De manière générale la procédure du recours en manquement contre un État offre le premier rôle à la Commission (art. 169 du traité de Rome), ou à tout État membre (art. 170), puis confère à la Cour le pouvoir de statuer en dernier ressort pour constater et sanctionner qu'un État membre manque à une des obligations qui lui échoient précisément en vertu du droit communautaire, ou dont le comportement constitue un manquement à l'obligation générale de collaboration contenue dans l'article 5 du traité CEE. Le manquement de l'État, par le truchement de ses organes (Gouvernement, Parlement, Cours et tribunaux...), peut résulter d'actes ou comportements divers, dont l'abstention ou le refus de prendre les mesures juridiques requises. La Cour considère restrictivement les tentatives de présentation par les États de circonstances exonératoires de responsabilité ; CJCE, 9 juillet 1970, *Com./France*, aff. 26/69, *Rec.*, 578 ; CJCE, 14 décembre 1971, *Com./France*, aff. 7/71, *Rec.*, 1003 ; CJCE, 27 septembre 1979, *Com./France*, aff. 232/78, *Rec.*, 2729 ; CJCE, 27 septembre 1979, CJCE, 2 août 1993, *Com./France*, aff. 276/91, *Rec.*, I-4413...

62. Pour comparaison, C. Grewe, H. Ruiz-Fabri, *Droits constitutionnels européens*, PUF, coll. « droit fondamental », 1995 ; M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1996 ; H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, 2^e partie de l'ouvrage, Dalloz, « Connaissance du droit », 1996 ; F. Delpérée, P. Foucher (dir.), *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

63. Cf. par exemple, D. Broussolle, « Les lois déclarées inopérantes par le juge constitutionnel », *RD publ.*, n° 3, 1985, p. 751-784, J. Bignon, « L'insoutenable application de la loi », rapport d'information de l'Assemblée nationale, n° 2172, 1995.

64. Naturellement si l'inconstitutionnalité a été prononcée sur violation de la Constitution au fond, le Parlement modifie également la disposition sanctionnée comme attentatoire au fonds.

matière abordée par le texte de loi, relève « des règles essentielles » dont il a seul la charge, exercice d'appréciation à réaliser sans erreur ; à moins qu'aidé ou « mis sur la piste » par un Conseil constitutionnel qui aura indiqué ce que la Loi aurait dû elle-même prévoir, le Parlement n'ait plus qu'à suivre les indications du Conseil, qu'à inscrire dans le texte les dispositions suggérées, ou, plus souvent, les développer. L'appréciation du Conseil constitutionnel, sa marque sur le futur texte, est indirecte, mais elle existe. Ses directives sont suggérées, sont non impératives, mais l'indifférence à leur égard est dirimant. Ainsi lorsqu'il apparaît qu'une loi affecte(ra)it la protection de droits fondamentaux, le Conseil pose la nécessité d'une série de dispositions précises, que la future loi devra contenir afin de protéger ces droits fondamentaux⁶⁵. Qui nie aujourd'hui que le Conseil a développé un pouvoir d'appréciation, par exemple des dispositions susceptibles de porter atteinte à une liberté, de l'intensité de l'atteinte à cette liberté, de l'arbitrage entre plusieurs atteintes à des libertés ? Le spectre du gouvernement des juges et la substitution du Conseil aux représentants élus se tient toutefois à bonne distance de l'enceinte du Parlement, sous condition du respect de la Constitution et des interprétations du Conseil⁶⁶. Le Conseil se défend à juste titre de remplacer jamais le Législateur.

Toutefois le Législateur sera contrarié dans son dessein chaque fois qu'il « méconnaîtra » sa compétence en n'épuisant pas celle-ci⁶⁷. C'est une méconnaissance de sa compétence, par défaut⁶⁸, au sens où l'expression « méconnaissance de sa compétence » signifie le silence normatif partiel du Législateur, à l'intérieur du texte de loi qu'il présente. Cette compétence non épuisée, c'est celle dont le Législateur n'use pas sans même s'en remettre à une tierce autorité pour disposer sur une question, c'est également celle dont il use en s'en remettant néanmoins à une tierce autorité pour disposer sur une part de la question. En relevant ce type d'incompétence négative du Législateur, le Conseil constitutionnel semble lutter contre le silence normatif du Législateur et prescrire une obligation positive. La sanction de l'incompétence négative, dès qu'elle est identifiée par le Conseil constitutionnel, est moins la cause d'une violation de règle de compétence que la sanction d'une omission à agir, légiférer. Le Parlement a obligation de légiférer, comme le juge (ordinaire), de juger. L'hypothèse du silence de la loi est d'ailleurs problématique pour ces deux institutions⁶⁹.

65. Cf. CC, n° 85 -198 DC du 13 décembre 1985, *Amendement Tour Eiffel*, *op. cit.* ; CC, n° 86 -217 DC du 18 septembre 1986, *op. cit.* ; CC, n° 93 -322 DC du 28 juillet 1993, *Statut des universités*, *op. cit.*

66. J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, préf. M. Troper, Bruylant-LGDJ, 1994 ; M. Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, préf. L. Favoreu, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1990 ; F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et le gouvernement des juges », *RSAMO*, 1987, n° 19-20, p. 31 ; S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1974.

67. F. Priet, « L'incompétence négative du Législateur », *op. cit.*, p. 67.

68. Ici, l'expression « méconnaissance de sa compétence » ne signifie pas que le Législateur est allé au-delà de ses prérogatives, en empiétant par exemple sur le domaine du Gouvernement ; ces débordements positifs ne sont par ailleurs pas constitutifs d'une inconstitutionnalité ; ils peuvent être déclassés, après la promulgation de loi, pour revenir à plus d'orthodoxie dans la répartition des rôles et des compétences.

69. Cf. par exemple, Y. L. Hufteaux, « Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi », PUF, coll. « Travaux et recherches de la faculté de droit de Paris », série Droit privé, 1965 ; et à propos de « la substitution de compétence organisée par le juge

Reste à savoir si le Parlement a toute latitude pour s'acquitter de son obligation de légiférer, ou si le juge constitutionnel n'entreprend pas indirectement d'esquisser les contours d'une obligation de « bien légiférer »⁷⁰. Cette remarque devra être étayée par des éléments jurisprudentiels futurs et des avis rangés ou contraires.

B – UNE DÉFINITION DE L'OBLIGATION DE « BIEN LÉGIFÉRER » ?

En examinant la compétence, le Conseil est amené à connaître d'aspects autres que ceux de la répartition des compétences stricto sensu. En premier lieu, sous couvert d'examen de la compétence, le Conseil évalue le texte en lui-même, bien qu'il se défende d'une interprétation générale du texte qui le substituerait à la volonté du Législateur. On a parfois le sentiment du glissement du contrôle constitutionnel de la compétence législative au contrôle constitutionnel de la qualité de la norme produite (1). En second lieu, sous couvert d'examen de la compétence, le Conseil s'avance parfois par incursions successives dans le domaine du pouvoir discrétionnaire du Législateur (2). C'est donc par rapport aux questions du texte législatif déferé, et du pouvoir discrétionnaire du Législateur, que l'on tente d'approcher cette épure d'une obligation de « bien légiférer » tracée par le Conseil.

1 – Du contrôle de la compétence législative au contrôle de la qualité de la norme législative

L'examen de la compétence implique l'examen du texte déferé sous l'angle des griefs allégués dans les saisines ou sous l'angle du pouvoir (devoir) d'auto-saisine d'office du Conseil, sur une ou plusieurs dispositions. Sur saisine avec un grief d'incompétence négative, le Conseil prévient ce qui paraît constituer une dégradation de la loi, il se pose en gardien de la Loi et de sa qualité. Il en sanctionne en tous cas l'éclatement et finit désormais indirectement par exercer un contrôle de qualité sur la norme transmise. Ce contrôle de qualité est un contrôle multiforme sur le contenu de la norme.

Quant au refus de l'éclatement de la fonction de légiférer d'abord. L'attention du Conseil est manifeste vis-à-vis d'un délitement de la fonction de légiférer causé par la dispersion des compétences du Législateur. Si ce sont les autorités réglementaires gouvernementales qui reçoivent souvent la charge de compléter le dispositif législatif, les décisions rendues par le Conseil constitutionnel exposent un ensemble d'autorités non gouvernementales, parfois investies d'un pouvoir réglementaire, auxquelles le Législateur confie une part de sa

administratif au profit de l'autorité réglementaire », en cas de silence de la loi sur l'exercice du droit de grève (CE, Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, et jurisprudence suivante) ou sur l'absence d'organisation des modalités du référendum-modalités d'exercice du droit de suffrage (CE, Ass., 10 septembre 1992, *Meyer*), cf. F. Miatti, « Le juge constitutionnel, le juge administratif, et l'abstention du Législateur », *op. cit.*, p. 8-11.

70. Solon, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 2000 : un décalogue à l'usage du législateur ? », *LPA*, 10 janvier 2000, p. 4-5 ; J.-M. Garrigou Lagrange, « Les partenaires du Conseil constitutionnel ou de la fonction interpellatrice des juges », *RD publ.*, 1986, p. 647-694.

fonction de légiférer. Par le truchement de l'incompétence négative, le Conseil examine tout éclatement de compétences, mais aussi de réflexions ou d'appréciations relevant normalement de l'action législative, qui seraient consenties à des autorités (autres que le Législateur), investies alors du pouvoir d'apprécier et de décider⁷¹. Le Conseil paraît refuser de cautionner des formes de transfert d'expression et d'abandon de la souveraineté nationale à des autorités non investies directement, tel le Gouvernement, ou tout type d'autorités indépendantes, administratives ou non. La position adoptée est différente de l'habitude anglo-saxonne qui transmet à des « agences » un nombre toujours plus important de missions, dont l'édition de normes. En France, les occasions de contrôle par le Conseil devraient se multiplier avec le mouvement de création des autorités indépendantes accentué depuis 1995. Ce mouvement n'est cependant pas comparable avec le système anglo-saxon des agences, au pragmatisme affiché. Le Conseil rappelle que la norme en cause (Loi)⁷² n'est pas interchangeable avec des actes des autorités réglementaires, elle n'est pas non plus assimilable aux actes d'autorités non investies d'un pouvoir réglementaire, publiques ou privées. La position n'est pas qu'une position de principe ou qu'un choix théorique : la représentation nationale est moins une élection, un mandatement, qu'une obligation d'agir dans un cadre (une enceinte) et selon des procédures, déterminés, qui permettent, en particulier, le débat public, le recours à un gardien de la Constitution, et un contrôle de la norme proposée⁷³.

Quant à la qualité de la norme législative proposée, ensuite. De la jurisprudence constitutionnelle sur l'incompétence négative, il ressort qu'une loi doit comporter certaines caractéristiques, en particulier quant à son contenu. Elle est donc une norme qui n'est plus seulement définie quant à sa place dans la hiérarchie des normes, mais est évaluée par le Conseil, quant à son contenu. Cette tendance semble se produire indirectement, de manière indolore, à la dérobée. L'incompétence négative n'est pourtant qu'un mode de contrôle de constitutionnalité externe, normalement lié à la seule compétence, en outre le Conseil se défend régulièrement de remplacer le Législateur. Il examine le texte, mais se

71. Dans la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisation*, *op. cit.*, devant une loi qui transfère à des organes dirigeants de sociétés nationales un pouvoir discrétionnaire d'appréciation et de décision, le Conseil décide « considérant que si les articles 4, 16, et 30 de la loi ont pour objet de fixer dans le cas particulier qu'ils visent, les règles selon lesquelles peuvent intervenir certains transferts, leurs dispositions attribuent aux seuls organes des sociétés nationales un pouvoir discrétionnaire d'appréciation et de décision soustrait à tout contrôle et d'une étendue telle que les dispositions critiquées ne sauraient satisfaire aux exigences de l'article 34 de la Constitution ». De même, aux termes de la décision n° 99-423 DC, 13 janvier 2000, *JO*, 20 janvier 2000, p. 992, une loi ne peut abandonner à des autorités administratives et juridictionnelles le point de savoir si l'obligation de négocier un accord de réduction du temps de travail avant l'établissement du plan social est une condition de validité du plan social, ni si son inobservation rend nulles les procédures de licenciement, D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 137.

72. Sur la Loi, cf. *Archives de philosophie du droit : la Loi*, tome 25, Sirey, 1980, et spécialement P. Amssek, « Norme et loi », p. 89-108 ; cf. *Droits*, n° 7, *L'acte juridique*, PUF, 1980, avec les contributions de J. Combacau, « ouverture », p. 3-11, J.-J. Bienvenu, « Actes juridiques et classification », p. 21-28, O. Cayla, « La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste », p. 59-74, J. Moreau, « A la recherche de l'acte complexe : l'exemple du Droit public français », p. 75-84.

73. F. Luchaire, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *AJDA*, 1979.

défend d'une interprétation générale du texte, qui le substituerait à la volonté du Législateur.

Reste que la jurisprudence constitutionnelle traitant de l'incompétence négative du Législateur permettrait de cerner le contenu nécessaire d'un texte de loi, mais de quelle manière ? Autrement dit, en quoi le Conseil exerce-t-il un contrôle de qualité sur le texte ? Une partie de la jurisprudence amène des précisions sur le contenu nécessaire de la norme législative : étendue du contenu de la norme, nature de ce contenu, qualité de ce contenu, carence dans ce contenu avec, fort rarement encore, l'incrimination de l'omission de dispositions dans le texte proposé, sans qu'il y ait de vrai critère de référence (hormis les précédents jurisprudentiels du Conseil).

Concernant le contenu minimum de la loi, en deçà duquel le Conseil constitutionnel émet un veto, la jurisprudence montre qu'au-delà des indications de l'article 34, le contenu minimum de la loi, dans telle ou telle matière, n'est pas définissable *a priori*. Et pourtant si le Conseil estime que ce contenu minimum fait défaut, il sanctionne. Pour s'approcher du contenu de la compétence législative, il faut considérer le contenu de la compétence législative, tel que défini par le bloc de constitutionnalité, et se reporter à cette variété de fondements de la compétence législative évoqués par le Conseil au fil de ses décisions (cf. *supra*). On peut aussi se tourner vers la jurisprudence de l'*incompétence positive du Législateur* depuis la décision constitutionnelle *Blocage des prix et des revenus* du 30 juillet 1982. Cette décision a fait évoluer la jurisprudence constitutionnelle, et la question de la définition matérielle de la loi : au delà de l'article 34, une loi peut statuer dans un domaine de la compétence du règlement sans encourir l'inconstitutionnalité. Une loi peut ainsi traiter une question dans sa totalité, en empiétant si besoin est. Ceci peut être une garantie de meilleure intelligibilité de loi, objectif louable mué en objectif à valeur constitutionnelle depuis sa consécration par la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999⁷⁴. L'argumentation s'est alors développée en doctrine⁷⁵, avec, d'un côté, l'argument en faveur d'un critère organique de la loi – acte voté par le Parlement sous forme législative – peu important la matière visée à cet acte –, et de l'autre, l'argument qui rappelle que si l'annulation de la disposition législative est écartée, le Gouvernement n'est pas dépossédé, et peut, sur la base de l'article 37 alinéa 2, retrouver les matières dont le législatif s'est saisi⁷⁶. Finalement, qu'im-

74. CC, n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Rec.*, p. 136.

75. Se reporter naturellement à L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10^e édition, p. 536-547, Dalloz, 1999.

76. Devant une intervention législative sur le domaine réglementaire n'encourant pas l'inconstitutionnalité, le Premier ministre peut demander au Conseil constitutionnel la délégalisation ; les procédures de l'article 37 alinéa 2 et 41 de la Constitution sont alors mises en œuvre. Certains auteurs (professeur D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2000-2001 », *RD publ.*, 2001, p. 49-50) relèvent une évolution du contrôle de l'étendue du pouvoir réglementaire par le Conseil constitutionnel. S'appuyant sur la demande ministérielle, le Conseil, en 1999 rend quatre décisions où il repousse les limites du contrôle de constitutionnalité, en signifiant par prévention la possible inconstitutionnalité d'un décret du Gouvernement (CC, n° 99-186 L, 31 mai 1999, *JO*, 3 juin 1999, p. 8198), et en contrôlant au-delà des dispositions mentionnées dans les saisines (CC, 99-185 L, 18 mars 1999, *JO*, 20 mars 1999, p. 4171, CC, n° 99-184 L, 18 mars 1999, *JO*, 20 mars 1999, p. 4170, CC, n° 99-187 L, 6 octobre 1999, *JO*, 9 octobre 1999, p. 15040). La conséquence est que le Conseil en vient parfois à contrôler le réglementaire (en plus du contrôle effectué par le Conseil d'État, juge naturel en la matière).

porte le point d'observation que l'on adopte, on voit bien que toute définition matérielle de la loi *a priori* n'est pas suffisante, et que cette définition de la loi (de son contenu) se construit, aussi, au cas par cas, par le juge constitutionnel. A cet égard, l'inscription récurrente du grief d'incompétence négative dans les saisines, et le recours au Conseil pour évaluer sans cesse la qualité des lois, en est une preuve. La jurisprudence fait donc apparaître un contenu matériel minimum de la loi, que le Parlement peut étendre, mais ne peut réduire, dans les domaines que la Constitution lui impose.

C'est surtout avec ce que nous apprend empiriquement le Conseil par ses décisions examinant la suffisance ou l'insuffisance de la loi, que la question du contenu minimum du texte de loi est éclairée, ou obscurcie d'ailleurs. Ainsi le texte de loi doit posséder un contenu « fondamental », « essentiel », un « noyau dur » de dispositions, qui ne peuvent être seulement générales et imprécises, mais doivent constituer « une véritable substance normative »⁷⁷. Si on imagine aisément qu'il y a une compétence minimale et insécable de la loi, il est des matières, ou des cas dans des matières, où cette compétence minimale est insondable... Et plus on s'éloigne du centre de compétence (le cœur du noyau dur), plus l'incertitude grandit ; quelles dispositions devront être traitées dans le cadre de la loi, lesquelles restent dans l'orbite (de compétence de la loi), lesquelles échappent à la gravité du noyau de compétence, enfin quelles échappées seront acceptées par le Conseil, sa jurisprudence est-elle prévisible⁷⁸, et peut-on prévenir les tares d'un texte avant de le déférer ? Le fait que le contenu (ensemble de dispositions minimales) varie, suivant le risque que comporte le domaine dans lequel le texte de loi intervient, ajoute de l'hétérogénéité : ainsi la part obligatoire de prescriptions qui échoit au Parlement est plus importante selon que le texte affecte le domaine des droits fondamentaux, ou un domaine plus marginal, à plus faible portée. On peut penser que les décisions relatives à des lois affectant des droits fondamentaux sont plus à même de renseigner sur le contenu minimum du texte. La loi doit contenir matériellement, voire philosophiquement, « l'essentiel de ce qui touche aux droits et libertés des individus »⁷⁹. On mesure la tâche qui pèse sur le Gouvernement, le Parlement, et surtout sur le Conseil constitutionnel, lors de la genèse d'un texte.

Le juge use prudemment de la notion d'incompétence négative, et en relation avec le niveau de garanties accordées aux citoyens, qu'il évalue suffisant ou insuffisant dans le texte de loi. On a donc l'impression qu'il y a, dans l'incompétence négative, différents degrés d'erreur, d'irrégularité ou d'impéritie susceptibles d'être commises. Le Conseil ne sanctionne pas les dispositions litigieuses (de renvoi) si le Législateur « subordonne leur élaboration au respect de garanties essentielles »⁸⁰ ; il n'y a pas non plus de sanction pour incompétence

77. F. Priet, « L'incompétence négative du Législateur », *op. cit.*, p. 82.

78. B. Genevois, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, n° 59, p. 129 et s.

79. F. Priet, « L'incompétence négative du Législateur », *op. cit.*, p. 85.

80. CC, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *CSA, Rec.* p. 18, *RJC* I-339, *GD*, n° 42, relative à une loi modifiant la loi n° 86-1087 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication dans laquelle le Conseil rejette (13^e considérant) la notion de subdélégation illégale de compétence invoquée dans la saisine à propos d'une disposition de la loi (l'article 27, alinéa 1^{er}) attribuant au Gouvernement la prise de certaines mesures par voie de décret en Conseil d'État.

négative si ces garanties sont présentes et assurées avec la loi déferée ; on renvoie ici, par exemple, et parmi d'autres, à la décision *Principes d'aménagement* de 1985 visant une loi sur l'aménagement foncier⁸¹, ou à la décision constitutionnelle sur la loi relative au pacte civil de solidarité (PACS)⁸². Parallèlement, en matière de garanties, le juge sanctionne et tente d'étendre le contenu minimum de la loi ; on peut ici citer la décision de 1984 sur *l'exploitation des services de radio-télévision livrés à disposition du public sur des réseaux câblés*, le Conseil rattache la définition du réseau câblé à la mise à disposition du public d'un service de radio-télévision, et y voit une garantie fondamentale pour laquelle la compétence législative est nécessaire⁸³. Parmi diverses décisions qui s'attachent à ce que la loi respecte la répartition des compétences, et ce faisant, comporte des garanties essentielles pour sauvegarder des droits, la décision du 18 septembre 1986 sur *la liberté de communication* visant des garanties destinées à limiter les concentrations en matière d'audiovisuel⁸⁴. Dans cette décision illustrant la compétence du Législateur, au titre de l'article 34, 2^e alinéa, 1^{er} tiret, pour fixer les règles concernant les droits civiques et garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, il appartient au Législateur non seulement (pas seulement) de lutter contre les abus de position dominante du secteur de la communication, mais aussi de prévoir des règles pour interdire des concentrations susceptibles d'atteindre le pluralisme ; le pluralisme étant une condition de l'effectivité de la libre communication des pensées et opinions, liberté publique consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, et le pluralisme étant un objectif de valeur constitutionnelle⁸⁵.

Le contenu *a minima* n'est pas seulement celui d'une compétence *ratione materiae*, ce n'est pas seulement la nature substantielle du contenu de la norme qui importe. Ce contenu législatif doit aussi être « dense » et « précis » et il est confié en l'état de ces remarques au Législateur pour réécriture, en cas d'inconstitutionnalité de loi. Après quelques décisions constitutionnelles déclarant la non conformité partielle pour insuffisance de précisions prescrites dans le texte de loi – ainsi la décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001 relative à *la loi MURCEF*⁸⁶ – il semble que le filon se soit un peu tari ; en ce qui concerne

81. CC, n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, *Rec.* p. 49.

82. CC, n° 99-419 DC, relative à la *loi sur le PACS*, commentée Ph. Blaches, J.-B. Seube, *RD publ.*, 2000, p. 203.

83. CC, n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, *Rec.* p. 63, *RJC* I-187. « Considérant que la désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la liberté de communication que celle d'autoriser l'exploitation du service de radio-télévision mis à la disposition du public sur réseaux câblés constitue une garantie fondamentale et relève de la compétence exclusive du Législateur ; que la loi (...) a méconnu sa compétence en renvoyant au décret le soin de définir un tel réseau par la fixation de ses limites maximales, abandonnant par la même au pouvoir réglementaire la détermination du champ d'application de la règle qu'elle pose ».

84. CC, n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Rec.*, p. 141, *RJC* I-283, *op. cit.*

85. F. Miatti, « Le juge constitutionnel, le juge administratif, et l'abstention du Législateur », *op. cit.*, p. 6.

86. La décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001 relative à *la loi MURCEF – Loi portant mesures urgentes à caractère économique et financier* –, sans remettre en cause le dispositif de la loi portant sur l'ingénierie publique, censure l'article 12 du texte censé réserver un quart des lots de marchés publics à des prestataires de type coopératifs ou associatifs, au motif que le Législateur n'a pas défini avec suffisamment de précisions les organismes bénéficiaires potentiels de ce quart réservataire.

les lois de finances certainement ; certes l'article 34 attribue à la loi la fixation de règles touchant l'assiette, le taux, et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures, mais le Législateur n'est pas dans l'obligation « de fixer lui-même et avec précision le contenu de chacun des éléments qui composent ces règles »⁸⁷. Le grief d'incompétence négative est alors rejeté, et le Conseil admet que le Législateur n'a pas méconnu sa compétence, a été suffisamment précis puisqu'il a déterminé les limites à l'intérieur desquelles le pouvoir réglementaire est habilité à arrêter le taux d'imposition d'une taxe (cc, n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances pour 2001*), il admet encore que le Législateur renvoie à un décret en Conseil d'État le soin de définir techniquement le contenu des critères d'exonération dont les catégories sont définies dans la loi (cc, n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*⁸⁸). Dans la décision constitutionnelle n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, *loi de finances pour 2003*⁸⁹, le Conseil n'a pas non plus fait droit aux griefs en incompétence négative qui lui étaient suggérés. La complexité grandissante des lois de finances, et désormais des lois de sécurité sociale, est peut être une explication, elle brouille l'intelligibilité de la Loi, tend à exclure le travail parlementaire général de la composition du texte, et rend plus difficile le contrôle de constitutionnalité⁹⁰.

Le débat sur la précision suffisante s'exprime également dans le contentieux sur les lois d'habilitation. Dans une récente décision rendue par le Conseil constitutionnel le 26 juin 2003⁹¹, à propos de la loi adoptée par le Parlement le 10 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, le Conseil a rejeté l'argumentation de la saisine parlementaire autour de l'article 38 de la Constitution ; la saisine invoquait de manière générale l'ampleur de l'habilitation consentie au Gouvernement pour simplifier le droit, l'imprécision des délégations consenties dans la loi, et leur absence de justification.

En ce qui concerne les lois ordinaires, s'il ne s'agit pas d'imposer que la loi dise et prévoie tout, dans le corps du texte, obligation est faite au Législateur de présenter un corps de texte comportant suffisamment de précisions. La rédaction du texte exprime une coordination entre le texte de loi et le projet de société qu'il amène. Le texte doit permettre l'application légale (et aussi effective) des objectifs qu'il poursuit. Il ne s'agit pas de dire que le Conseil constitutionnel veille au développement d'une norme législative-cadre, loi-cadre, mais de rappeler la place supérieure et la fonction d'encadrement de la Loi, en ne permettant la promulgation que de lois complètes, respectant les compétences parlementaires, synthétisant le projet de réforme de la société, sans

87. *LPA*, 25 septembre 2002, n° 192, p. 14.

88. cc, n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, *Loi de finances pour 2003*, *JO*, du 31 décembre 2002, p. 22103, décision commentée J.-E. Schoettl, *LPA*, n° 5, du 7 janvier 2003 ; B. Mathieu, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », n° 30, *LPA*, 2 avril 2003, n° 66, p. 21-24.

89. Loi n° 2002-1575 du 30 décembre 2002, *JO*, du 31 décembre 2002, p. 22025.

90. « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 28 », 3^e partie, relative à la décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002* (*LFSS*), *LPA*, 23 septembre 2002, n° 190, p. 4.

91. cc, n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*.

92. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 137.

93. J.-E. Schoettl, « La loi pour la sécurité intérieure devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, n° 63, du 28 mars 2003, p. 12.

exclure la précision indispensable à l'effectivité d'une loi que l'on entend faire entrer dans le *corpus* législatif national. Ainsi la décision du 23 juillet 1993 relative aux universités montre un Conseil qui exige du Parlement qu'il consacre, et organise, *dans la loi* la diversité institutionnelle qui peut exister dans les établissements d'enseignement supérieur ; la diversité y est possible, mais toute tentative d'organisation (innovation statutaire) a à s'inscrire dans un cadre constitutionnel⁹². A l'époque, la décision avait mis un frein à l'entreprise gouvernementale de réforme des universités.

On peut penser qu'en matière de précisions nécessaires, la jurisprudence constitutionnelle commence à être internalisée par les pouvoirs publics, ainsi la *loi pour la sécurité intérieure* adoptée définitivement par le Parlement le 13 février 2003 et sur laquelle la décision constitutionnelle du 13 mars 2003 s'est prononcée, montre cette fois une débauche de précisions, « dont beaucoup relèvent en vertu des articles 34 et 37 de la Constitution du pouvoir réglementaire »⁹³. Exempte d'incompétence négative du Législateur, la loi n'en supporte pas moins plusieurs réserves d'interprétation de la part du Conseil. Ce souci de précisions dans les nouvelles lois a diverses interprétations : apanage d'un Gouvernement boulimique de transformations sociétales, souci d'un enchaînement rapide et sans écueil des projets de lois votés par la nouvelle majorité parlementaire (élue en juin 2002), meilleure connaissance des situations de mauvaise répartition de compétences censurées en jurisprudence...

Enfin, le dernier aspect du contrôle de la qualité de la norme proposée est constitué par un cas jurisprudentiel plus rare, celui de la censure frappant une loi parce qu'elle aurait dû contenir certaines dispositions. Le Législateur n'a pas agi lui-même et n'a pas renvoyé à un autre, son texte encourt une déclaration de non conformité de la loi à la Constitution par silence du Législateur. Ce silence devient parfois un obstacle dirimant, pour faire valider un texte de loi. Dans la décision du 18 septembre 1986 sur la liberté de communication, déjà évoquée, le Conseil considère parmi bien d'autres aspects, que le silence du Législateur est constitutif d'incompétence négative et qu'il fait du texte de loi un texte non conforme à la Constitution alors même que la loi aurait dû permettre (bien écrite et complète) d'atteindre l'objectif constitutionnel du pluralisme des courants d'opinion. Deux décisions de 1985 illustrent également ce cas de figure, la décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985⁹⁴, *Amendement Tour Eiffel*, à propos d'une loi qui n'a pas déterminé de garanties propres à sauvegarder les libertés pendant l'installation de moyens de diffusion par voie hertzienne sur les propriétés bâties, ou la décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985⁹⁵ rendue à l'encontre d'une loi ne définissant pas le contenu d'une incrimination.

On voit bien le chemin parcouru depuis les premières décisions constitutionnelles du Conseil et combien cette référence au contrôle des compétences – dans un schéma de contrôle de constitutionnalité externe – a d'implications. La transformation pourrait être toute résumée dans une phrase du doyen Louis Favoreu : « le partage d'attributions entre le Législateur et le pouvoir réglementaire s'effectue non pas en considération de la matière donc « en surface »,

94. CC, n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, *Amendement Tour Eiffel*, *Rec.* p. 78, *RJC* I- 242, *D.* 1986, *J.*, p. 345, obs. F. Luchaire ; F. Luchaire, *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, CCDJ, 1988, p. 41.

95. CC, n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, *Rec.*, p. 32, *RJC* I-210.

mais eu égard à l'importance de la question traitée »⁹⁶. La difficulté est moins de savoir si la matière appartient au Législatif ou à l'exécutif (le juge apportera sa contribution le mieux possible), que de permettre que la norme apporte davantage de garanties ou ne détruise pas celles accordées, en poursuivant tel ou tel objectif de politiques publiques. Cette attitude volontariste du Conseil pourrait heurter et paraître trop peu juridique, *l'incompétence négative du Législateur* sert donc d'interface formel, de caution juridique, permettant de garantir le meilleur exercice de la compétence législative par des pouvoirs différents, mais elle porte évidemment plus que cela. La part préservée du pouvoir discrétionnaire du Législateur, face au contrôle du juge et à son veto éventuel sur le texte, est une des implications que l'on développe ici.

2 – La part du pouvoir discrétionnaire du Parlement dans l'obligation de bien légiférer

Le rôle du juge constitutionnel est de permettre l'exercice plein et entier des compétences des autorités. Le veto éventuel sur la disposition frappée d'incompétence négative du Législateur ne doit pas laisser entendre que l'incompétence négative est un moyen de destruction d'une norme (faculté d'empêchement du juge plutôt que faculté d'annulation d'ailleurs), ni qu'il est un instrument pour porter atteinte au pouvoir discrétionnaire d'autorités diverses. A l'usage néanmoins, l'incompétence négative du Législateur se révèle un catalyseur d'une obligation de bien légiférer, susceptible de gêner le Législateur, sinon, plus certainement, de l'obliger à une composition sur le texte de loi.

L'hypothèse d'une construction en filigrane d'une obligation de bien légiférer s'accommode-t-elle de la conservation par le Législateur de son *pouvoir discrétionnaire* de législation ? La situation voisine en droit administratif apporte un premier élément de réponse. Dans le droit administratif, le juge porte parfois son contrôle sur un pouvoir discrétionnaire de l'administration, ou plutôt de l'administrateur, et on se trouve alors aux confins d'un contrôle de l'opportunité. Il est aussi des cas où un autre juge, le juge pénal par exemple, est mis en position de contrôler la gestion, voire l'opportunité de choix publics à l'occasion d'affaires dans lesquelles un agent public ou un élu sont attirés devant lui pour une responsabilité pénale éventuelle. On conçoit donc qu'un juge puisse contrôler et finalement porter atteinte à un pouvoir discrétionnaire d'autorités compétentes⁹⁷. Le Législateur est également une autorité douée de compétence, fort élargie et spécifique il est vrai, mais en même temps non absolue et tenue par la légalité. Plus précisément, si le pouvoir discrétionnaire existe en droit administratif⁹⁸, son pendant en droit constitutionnel est le pouvoir souverain du Législateur, souverain au sens où longtemps le juge n'a pu exercer le

96. L. Favoreu, « Les règlements autonomes n'existent pas », *Rev. fr. dr. adm.*, 3, (6), novembre 1987, p. 878.

97. Sur cette question, relire P. Delvolvé, « Existe-il un contrôle de l'opportunité ? », *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 269 et s.

98. A. Bockel, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA*, 1978, p. 355 ; A. de Laubadère, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *Mélanges Waline*, 1974, LGDJ, t. II, p. 531.

contrôle sur l'activité normative du Parlement. Avec la jurisprudence constitutionnelle, il faut bien admettre que d'un côté le Conseil constitutionnel défend l'exercice, par le Parlement, de sa souveraineté, lorsqu'il l'empêche d'en aliéner une partie en disséminant sa fonction de législation, mais que de l'autre, le Conseil « refuse au Législateur la qualité de pouvoir souverain »⁹⁹, souverain absolu on entend : certes le Conseil constitutionnel s'autocensure et s'empêche d'examiner certains domaines d'action du Parlement qu'il estime « éminemment politiques »¹⁰⁰, en revanche le Conseil ne laisse pas d'autres domaines être arpentés hors de sa surveillance. Sans nous occuper ici de l'aspect éminemment politique de l'activité du Législateur, on peut envisager par contre, comme en mathématique, l'intersection de deux ensembles elliptiques avec une zone où s'entremêlent activité du Parlement et contrôle du Conseil. C'est le lieu du pouvoir discrétionnaire du Parlement, qui n'est donc ni arbitraire, ni en dehors de la légalité.

« Le pouvoir discrétionnaire du Législateur ou des autorités administratives n'est en définitive que le pouvoir de choisir entre plusieurs situations conformes au droit »¹⁰¹. Hors du cadre strict de la subdélégation illégale de compétence, une palette de situations se décline.

Si ce nombre de situations, ou options possibles, conformes au droit, est réduit, le pouvoir discrétionnaire du Législateur est plus proche de la « compétence liée » (le mot pourtant est impropre) que de la « libre appréciation », lors de la création de la norme législative ; ainsi une autorité, fût-elle Législateur, a une marge d'appréciation fort réduite face à un juge qui exerce un contrôle de conformité non négociable, comme lors de la recherche de dispositions organiques égarées dans une loi ordinaire par exemple¹⁰².

Si par contre, la palette de situations, – actives ou passives – est élevée, il y a un vrai pouvoir discrétionnaire du Législateur « d'apprécier s'il importe d'intervenir et de légiférer dans telle ou telle matière qui relève de sa compétence »¹⁰³ ; on a également un choix des moyens pour le Législateur, libre de décider qui, de la loi ou du règlement, exposera le plus pour faire produire à une loi ses effets. Ici le Législateur devrait pouvoir ne pas agir. Le Conseil dans

99. G. Schmitter, « L'incompétence négative du Législateur et des autorités administratives », *op. cit.*, p. 159.

100. *Ibidem*.

101. G. Schmitter, « L'incompétence négative du Législateur et des autorités administratives », *op. cit.*, p. 160.

102. Dans la décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, décision au JO du 10 septembre 2002, p. 14953, le Conseil s'est saisi d'office, uniquement pour ce qui concerne le domaine de loi, de deux dispositions de la loi d'orientation et de programmation pour la justice, qu'il déclare inconstitutionnelles. L'une des dispositions aurait dû relever de la loi de finances, l'autre est contenue dans une annexe I à la loi comportant orientations et programmation des moyens à venir de la justice et il faut distinguer la part (programmation de moyens) contenue dans la loi et l'annexe « qui ont la valeur normative attachée aux lois de programmes prévue par l'ordonnance du 2 janvier 1959 » – remplacée la loi organique du 1^{er} août 2001 –, et les orientations non revêtues de la valeur normative attachée à la loi, donc sans valeur normative. B. Matthieu, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *LPA*, 6 janvier 2003, n° 4, p. 10. La loi a donc été réécrite afin de présenter ces dispositions en une forme législative, et est votée sous le nom de Loi pour la sécurité intérieure le 13 février 2003.

103. A. Bockel, « Le pouvoir discrétionnaire du Législateur », *Mélanges Hamon*, 1982, p. 43 et s.

la grande majorité des contrôles ne l'oblige pas à utiliser intégralement sa compétence¹⁰⁴ et ne sanctionne pas son silence général. En France, en effet, il n'y a pas traditionnellement de contrôle de constitutionnalité de la loi par omission¹⁰⁵.

Le juge contrôle ici le texte en usant plutôt du critère de non contrariété ou de compatibilité entre les divers objectifs du texte. Le Conseil a, par exemple, laissé un important pouvoir discrétionnaire au Législateur en matière de commande publique. Dans sa décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002¹⁰⁶, le Conseil se penche sur *la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*¹⁰⁷ – premier pan à caractère financier de la politique du Gouvernement en matière de sécurité – et refuse de censurer des dispositions dont l'importance et les conséquences auraient pu faire penser qu'elles devaient relever de la Loi. Ainsi l'article 34 n'impose pas que la loi définisse les conditions de passations des marchés et contrats passés par l'État, qu'un décret peut traiter de la procédure de publicité et de mise en concurrence du choix du contractant, et qu'il n'y a pas d'obligation à ce le crédit-bail comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

La conciliation de principes concurrents, la conformité sous réserve, permettent de laisser au Parlement le pouvoir discrétionnaire et au juge de faire interprétation d'un texte dans une situation donnée. La conformité sous réserve, instrument récurrent du contrôle de constitutionnalité, permet ainsi de sauver la disposition, en l'entourant d'un nombre de directives qui s'accommodent avec l'ensemble du texte souhaité par le Législateur, et respectent la norme constitutionnelle.

L'harmonie est-elle si facile ? La conformité sous réserve n'est pas exempte d'ambiguïté, en particulier quant aux lois impliquant des choix de société¹⁰⁸. Bien sûr le contrôle de constitutionnalité externe ne peut porter que sur des données objectives, normalement comprises dans les situations d'aliénation de compétences validées ou invalidées par le Conseil. Mais il arrive que l'on ne voit plus très bien si l'incompétence négative du Législateur, assortie de réserves de conformité, reste sur le terrain externe ou interne. En rejetant une délégation de compétence, le Conseil impose des contraintes rédactionnelles, mais aussi de fonds, à la disposition que le Législateur avait prescrite, et il limite aussi pour l'autorité réglementaire le pouvoir d'agir. En restreignant la répartition de compétences adoptée, le pouvoir du Législateur de choisir quel type de norme s'ex-

104. M. Ould Bouboutt, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif », Paris, *Economica*, 1987, p. 136 ; G. Schmitter, « L'incompétence négative du Législateur et des autorités administratives », *op. cit.*, p. 149.

105. La position n'est pas forcément immuable, surtout si des jurisprudences futures se mettent à censurer un texte, le frappent de déclaration de non conformité de la loi à la Constitution, pour silence du Législateur qui n'a pas agit lui-même et n'a pas renvoyé à un autre.

106. J.-E. Schoettl, *LPA*, n° 182, 11 septembre 2002, p. 12 ; M. Verpeaux, « Chronique de Jurisprudence constitutionnelle », n° 29, *LPA*, n° 4, 6 janvier 2003, p. 8-9, à propos de la décision 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*.

107. *JO* du 30 août 2002, p. 14411.

108. A. Viala, « Les réserves d'interprétation : un outil de resserrement de la contrainte de constitutionnalité », *RD publ.*, 1997, p. 1047 ; *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. Rousseau, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 12, 1999 ; J. Trémeau, *La réserve de loi*, préf. L. Favoreu, *Economica-PUAM*, coll. « Droit public positif », 1997.

primera le plus sur une matière est réduit, et la possibilité pour le Gouvernement « de s'extraire des termes stricts de la loi »¹⁰⁹ aussi.

En outre, ces situations d'aliénation de compétences dont le Conseil se trouve saisi ont des explications, en amont, qui complètent la disposition litigieuse immédiate (qu'est par exemple la mention formelle du renvoi dans un texte) sur laquelle, seule, le Conseil est censé rendre sa décision. Des éléments comme l'attitude de l'auteur de la compétence non exercée, et les raisons pragmatiques ou sociétales à l'inaction de l'institution normalement compétente, sont également livrées à la réflexion du Conseil bien que ces paramètres ne paraissent dans le corps des décisions constitutionnelles. De sorte qu'ils accompagnent le contrôle externe de constitutionnalité, le déjuridicisent un peu en le socialisant. Si obligation de bien légiférer il y a, Parlement, Gouvernement, et Conseil constitutionnel participent à sa définition chacun pour leur part. Dans le compromis qu'ils installent, est-on certain que le Conseil constitutionnel conserve le dernier mot ?

Sans confronter pouvoir discrétionnaire du Législateur et marge de liberté du Conseil¹¹⁰, il faut reconnaître que l'artifice juridique est souvent sous-jacent dans ce découpage entre esprit du texte examiné et corps du texte examiné, entre contrôle interne et externe. Incontestablement à l'occasion du contrôle de constitutionnalité externe et surtout interne, « le juge apporte sa contribution (...) à l'œuvre législative du Parlement »¹¹¹. *De jure*, le Conseil ne possède qu'une « faculté d'empêcher par laquelle en cas de non conformité il renvoie le texte censuré au pouvoir politique », mais elle lui permet de devenir « Législateur implicite et constituant secondaire » selon l'expression de Michel de Villiers et Thierry Renoux¹¹², et co-Législateur selon la thèse de Michel Troper¹¹³. A plusieurs reprises, le Conseil résiste à cette tentation vers laquelle il peut être poussé par d'autres et martèle des constantes : l'article 61 de la Constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement (cc, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975¹¹⁴), le Conseil ne se prononce pas sur l'opportunité de loi (cc, n° 84-179, 12 septembre 1984¹¹⁵). Naturellement c'est surtout avec l'examen de contrôle de constitutionnalité interne de la loi que le Conseil met cause le choix du Législateur, et prend donc le plus de précautions. Mais c'est sans préjudice du contrôle de constitutionnalité externe dans lequel le Conseil se limite également : il n'interprète le texte déféré « que dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité » (cc, n° 91-298 DC, 24 juillet 1991¹¹⁶), et, s'il

109. G. Schmitter, *op. cit.*, p. 164.

110. Sur le pouvoir du Conseil, P. Pactet, « A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », *Mélanges J. Robert*, Montchrestien, 1998.

111. M. de Villiers, T. S. Renoux, *Code constitutionnel*, Litec, 2001, p. 513.

112. M. de Villiers, T. S. Renoux, *Code constitutionnel*, *op. cit.*, p. 514.

113. M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », cette *Revue*, n° 1, 1990, p. 29, « Démocratie continue et justice constitutionnelle », in *La démocratie continue*, D. Rousseau (dir.) Bruylant-LGDJ, 1995, p. 125.

114. cc, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Rec.*, p. 19, *RJC* I-630, *GD*, n° 23, note L. Favoreu, L. Philip, *RD publ.*, 1975, p. 1324.

115. cc, n° 84-179, 12 septembre 1984, *Rec.*, p. 73, *RJC* I-199, note J. Boulouis, *AJDA*, 1984, p. 682 et s.

116. cc, n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, *Rec.*, 82, *RJC* I-465, D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *RD publ.*, 1992, p. 50, 51, 55 ; P. Avril, J. Gicquel, « Chronique constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 60, 1992, p. 204, 216, 217 ; L. Philip, cette *Revue*, 1991-8, p. 722.

peut soulever d'office des conclusions ou des moyens, il n'a pas une compétence générale d'interprétation des textes de lois qui lui sont soumis¹¹⁷. La fonction normative reste propre au Législateur.

L'exercice Législatif reste délicat, il participe de la construction d'un nouveau rapport de collaboration¹¹⁸ entre institutions qui se démarque absolument d'une double écuel : celui d'un Conseil constitutionnel se substituant au Législateur (ainsi le contenu de l'acte, la norme, doivent rester de l'initiative du Législateur), et celui d'un Conseil qui devient le supérieur hiérarchique du Législateur, comme si, à la hiérarchie des normes, une hiérarchie des instances (qui leur sont attachées) était sous-entendue. Cette hiérarchie des instances n'existe pas¹¹⁹. Dans la perspective d'une étude sur la norme législative¹²⁰, l'incompétence négative du Législateur n'est pas sans implication. On voit depuis la seconde moitié du xx^e siècle le développement de cette norme horizontale qu'est la norme réglementaire, en sus de la norme législative inscrite verticalement. Sans faire porter à l'incompétence négative du Législateur plus qu'elle n'exprime, une nouvelle évolution vise la norme législative, avec un développement d'une norme législative horizontale, ou le fait que la loi déborde sur le domaine parlementaire n'a plus d'importance, et où le Conseil participe indirectement à la genèse de la norme législative... Cette Loi-nouvelle formule, qui pourrait bien n'être qu'une tendance, et une opinion de notre part, n'est naturellement acceptable que dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs et de la répartition des compétences prévues au texte constitutionnel, et on voit mal le Conseil constitutionnel leur porter atteinte.

Enfin, l'embellie, ou au contraire le flétrissement de *l'incompétence négative du Législateur*, au long de la procédure législative, appellent quelques remarques.

117. Y. Gaudemet, « Fonction interprétative et fonction législative : aménagements juridiques de leurs rapports », in *Interprétation et droit*, *op. cit.*, p. 200 et s. ; M. Troper, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in *Interprétation et droit*, P. Amsselek (dir.), PUAM, 1995, p. 235 et s. ; T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, préf. L. Favoreu, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1991.

118. Sur cette composition, et les questions qui se posent, cf. notamment, G. Drago, B. François, N. Molfessis, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999 ; D. Turpin, « Le juge est-il représentatif ? Réponse oui », *Commentaire*, n° 58, 1992, p. 381 et s. ; « Représentation et démocratie », *Droits*, n° 6, 1987, p. 79 et s. ; *De la démocratie représentative*, thèse droit public, Paris XIII, 1978 ; L. Favoreu « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, n° 2, 1994, p. 556 ; M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *op. cit.* ; « Démocratie continue et justice constitutionnelle », in *La démocratie continue*, *op. cit.* ; D. Rousseau, « La démocratie continue, Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, n° 96, 1997, p. 73 et s. ; B. Manin, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération publique », *Le Débat*, n° 33, 1985, p. 72 et s. ; O. Cayla, « Les deux figures du juge », *Le Débat*, n° 74, 1993, p. 164 et s.

119. D. de Béchillon, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, préf. P. Bon, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1996.

120. B. Mathieu, *La loi*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1996 ; G. Timsit, *Les noms de la loi*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1991 ; G. Burdeau, « Le déclin de la loi », *Archives de philosophie du droit*, 1963, p. 35 et s. ; R.-E. Charlier, « Les vicissitudes de la loi », in *Mélanges Maury*, LGDJ, 1963, t. II, p. 303 et s. ; P. Pactet, « La loi, permanence et changements », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 507 et s. ; N. Leclerc Poulet-Gibot, *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, publications de la faculté de Limoges, 1992 ; P. Amsselek, « Norme et loi », *Archives de philosophie du droit : la Loi*, tome 25, *op. cit.*, p. 89-108.

On se souvient de ce que la sanction de l'incompétence négative, est, en droit administratif une annulation, et qu'elle n'est pas moins lourde de conséquences en droit constitutionnel avec la déclaration de non conformité, donc d'inconstitutionnalité. Ceci peut expliquer que les juges ne l'utilisent qu'avec précaution, avec, en définitive, peu de cas de saisine d'office du Conseil constitutionnel pour incompétence négative du Législateur. A moins que ce petit nombre de saisines d'office, ne soit imputable à la vigilance des parlementaires, qui font leur, l'antique maxime, *vigilantibus jura subveniunt*¹²¹ (le droit vient en aide aux vigilants), et se chargent, dans leurs saisines, de souligner et d'argumenter sur l'incompétence négative du Législateur, attirant ainsi l'attention du Conseil sur les dispositions litigieuses. La marge de manœuvre d'un Conseil qui déciderait, par exemple, de s'abstenir de relever d'office une incompétence négative non flagrante, donc de laisser passer, surtout s'il y a d'autres fondements disponibles pour renvoyer une loi devant le Parlement, se réduit. L'incompétence négative serait donc condamnée à se développer à l'initiative des uns ou les autres. Au moins jusqu'à ce que la jurisprudence constitutionnelle soit suffisamment abondante pour clarifier le point de savoir s'il est une définition matérielle de la Loi, et ou sont situées ses bornes. Or par essence, plus que par définition, le domaine de la loi est infini, en tout cas éternellement sollicité et régénéré par des sociétés en transformations. Le Conseil devrait donc continuer de se trouver confronté à des situations toujours plus délicates de répartition de compétences, qu'il tente de baliser avec un soutien parlementaire variable¹²²... De manière très concrète, ces deux dernières années, il y a peu de cas constitutifs d'incompétence négative, et ils concernent peu de dispositions du texte déféré. Le Conseil rejette par contre l'argumentaire des saisines parlementaires en ce qu'elles évoquent le grief d'incompétence négative. Celles-ci se sont d'ailleurs diversifiées et engouffrées dans d'autres directions ouvertes par le Conseil lui-même. L'objectif de *clarté* et d'*intelligibilité* de la loi est ainsi régulièrement soulevé. Il participe de cette même quête de la qualité de la norme législative. En définitive, la Loi, dans la perspective nationale, mais aussi européenne, ne se lasse pas d'occuper la doctrine, elle fut notamment le sujet du XV^e Cours international de justice constitutionnelle¹²³ tenu en 2003 à Aix-en-Provence, avec des contributions relatives au « concept de Loi », à « la loi et la Constitution », aux « substituts à la loi » que sont les actes législatifs de l'exécutif, et au sort de « la loi face à la construction européenne ».

121. Cf. également l'autre formulation : *Jura vigilantibus, tarde venientibus ossa* (Le droit vient en aide aux vigilants, à ceux qui tardent..., les os).

122. P. Jan, J.-Ph. Roy (dir.), *Le Conseil constitutionnel vu du Parlement*, Paris, Ellipses, 1997.

123. XV^e Cours international de justice constitutionnelle, 8-11 septembre 2003, *La Loi, GERJC*, Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence.