

**Communication au congrès de l'AFDC  
(Nancy, 16-18 juin 2011)**

*Lorsque le Conseil constitutionnel pré-légifère :  
les avertissements adressés au législateur dans les décisions QPC de censure*

BOUDON Julien

Dans un entretien accordé au journal *Le Monde*, reprenant la trame de son discours au Conseil constitutionnel le 1<sup>er</sup> mars 2011<sup>1</sup>, le président Jean-Louis Debré affirmait que « Chacun doit rester à sa place : nous n'avons ni à juger en opportunité ni à faire la loi à la place du législateur. Lorsque nous abrogeons une disposition, nous ne disons pas ce qu'il faut mettre à la place. Lorsque nous avons censuré la garde à vue, nous n'avons pas dit quelle procédure devrait la remplacer : nous avons laissé onze mois au législateur pour réécrire la loi conformément aux principes énoncés. En aucun cas, nous ne nous substituons à lui » (*Le Monde*, 6-7 mars 2011, p. 9).

Une telle assertion est douteuse. D'une part le Conseil n'a pas hésité, dans l'affaire des tribunaux maritimes commerciaux (n° 2010-10 QPC) ou dans celle des commissions départementales d'aide sociale (n° 2010-110 QPC), à substituer purement et simplement sa volonté à celle du législateur. D'autre part, en indiquant les motifs de sa censure, lorsque celle-ci est prononcée, le Conseil signale au législateur, à qui il rend pourtant la main, quelles sont les dispositions qui devront figurer, le cas échéant, dans la nouvelle loi. — Dans les deux cas, le Conseil constitutionnel est manifestement un co-législateur, au sens que Michel Troper donne à ce terme (« Justice constitutionnelle et démocratie » in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 335-337).

1) On ne reviendra pas en détail sur la décision du 2 juillet 2010. Comme l'a souligné la doctrine (B. Mathieu, *JCP G*, 12 juillet 2010, n° 28-29, 801 ; D. Rousseau et P.-Y. Gadhoun, « Chronique constitutionnelle », *RDP*, 2011, n° 1, p. 270-271 ; J. Boudon, *JCP G*, 4 octobre 2010, n° 40, 961), le Conseil est allé très loin dans l'exploitation des compétences nouvelles conférées par les articles 61-1 et 62 de la Constitution. En l'espèce, les « Sages » ont déclaré inconstitutionnel l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande et l'ont abrogé. Mais, en l'abrogeant immédiatement, ils ont ajouté que la composition des TMC serait celle de droit commun, à savoir celle du tribunal correctionnel. Autrement dit, le Conseil n'a pas laissé le soin au législateur de se prononcer, il ne l'a pas invité à se pencher sur la question dans un délai déterminé (bien qu'il soit naturellement loisible au Parlement d'examiner le dossier à tout moment). Sans doute que le Conseil constitutionnel a pu raisonner par analogie (avec l'outre-mer), sans doute qu'il a voulu aller vite et alléger la tâche d'un législateur accaparé et sur un point ne prêtant pas tant à la

---

<sup>1</sup> Le discours y était plus prudent : « Lorsque la loi est contraire à la Constitution, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'opérer des choix à la place du législateur. Il lui appartient au contraire de s'en tenir à son seul rôle de juge et, le cas échéant, de donner le temps nécessaire au Parlement pour légiférer » (consultable sur le site du Conseil constitutionnel : [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)).

controverse. Il reste, contrairement au propos du président Debré, que le Conseil a *très visiblement* substitué sa volonté à celle du législateur.

On en a eu une preuve supplémentaire le 25 mars dernier, lorsque le Conseil a estimé, dans une affaire semblable, que la composition des commissions départementales d'aide sociale était contraire à la Constitution. Soulignons que les CDAS, juridictions administratives spécialisées, traitent environ 40 000 dossiers par an, relatifs à l'attribution et au versement de diverses prestations sociales, le RMI, l'aide personnalisée à l'autonomie, la CMU, etc. Le département étant la collectivité territoriale principalement compétente, il n'était pas incongru que les CDAS comprennent, sous l'autorité d'un magistrat du siège, trois conseillers généraux et trois fonctionnaires de l'État. Pour des motifs parfaitement compréhensibles, qui tiennent à l'indépendance et à l'impartialité de toute juridiction, le Conseil a estimé que l'article 134-6 du code de l'action sociale et des familles violait l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789. Il l'a donc abrogé, avec un effet immédiat, et en imposant que les CDAS siègent désormais sans les trois fonctionnaires de l'État (soumis au principe hiérarchique s'ils sont en activité, ils ne sont pas indépendants, tandis que l'impartialité n'est pas entourée de garanties assurant que ceux à la retraite n'ont pas participé à l'activité des services en cause) et sans les trois conseillers généraux dès lors que le département est partie au litige, ce qui est le cas le plus fréquent. Bref, les CDAS ne mériteront plus le nom de « commission » : elles se résumeront dans bien des hypothèses à un seul membre, le président. Quand bien même les trois conseillers généraux siègeraient, la critique ne serait pas apaisée : les CDAS comprendraient quatre membres, ce qui isolerait au passage le magistrat face au « bloc » départemental et ferait perdre de son intérêt à sa voix prépondérante permettant précisément de trancher entre deux camps égaux, ruinant ainsi la parité voulue par le législateur. C'est bien parce que l'aide sociale est de la compétence à la fois de l'État et du département que des représentants de l'un et de l'autre étaient associés à parts égales. En raison de la décision du Conseil, soit la parité sera anéantie, soit la collégialité sera enterrée.

Le Conseil constitutionnel prend cependant soin d'adresser un message discret à la doctrine, voire au Parlement : « sans préjudice de modifications ultérieures de cet article », affirme le considérant 9. J'y vois une réponse aux critiques émises par la doctrine au sujet des TMC : les « Sages » prennent des précautions pour obvier aux critiques classiques de gouvernement des juges – ils soulignent que la reconfiguration des CDAS, qui confine à la réécriture évidente de la loi votée par le Parlement, est réalisée sous réserve des interventions ultérieures du Parlement. Autrement dit : certes, je co-légifère, mais je m'inclinerai, le cas échéant, devant une intervention subséquente du Parlement. C'est un truisme, qui n'a d'autre vocation que rhétorique : le Conseil croit qu'il doit, en cette matière sensible, notamment à Strasbourg, agir rapidement et efficacement. D'où le choix de l'abrogation immédiate et de la recomposition des CDAS. Mais il vaut mieux préciser – triste hommage rendu aux feux de la doctrine – que, bien naturellement, cet acte législatif est dans l'attente d'une intervention future du Parlement. Le problème est que cette intervention pourrait ne jamais advenir : dans cette hypothèse, le Conseil aura légiféré définitivement.

Le respect pour les prérogatives du Parlement est ainsi écorné une première fois. Faut-il s'en émouvoir ou en être étonné ? En réalité, les décisions du 2 juillet 2010 et du 25 mars

2011 ont retenu l'attention parce qu'elles sautent aux yeux. Mais elle ne fait que révéler ce qui était évident dès le départ : en opérant un contrôle de constitutionnalité des lois, surtout si celui-ci se fait *a posteriori*, le Conseil est érigé en co-législateur. La censure d'une loi est un acte législatif placé sous un signe négatif, ainsi que l'indiquait Hans Kelsen. La chose est vraie dans les affaires que nous venons d'exposer : même si le Parlement reprend la main et modifie la composition des TMC ou des CDAS, il devra nécessairement tenir compte des griefs retenus par le Conseil constitutionnel, faute de quoi il s'exposerait à une nouvelle censure. Le Parlement devra ainsi prévoir, pour les CDAS, des garanties d'impartialité, seule manière de sauver la présence des fonctionnaires de l'État à la retraite. Mais la chose est également vraie lorsque la censure est à effet différé.

2) L'abrogation à effet différé semble plus respectueuse des droits du Parlement que l'abrogation immédiate en ce qu'un laps de temps est laissé au législateur pour remédier aux vices d'inconstitutionnalité déclarés. Les exemples de la cristallisation des pensions militaires, de la garde à vue ou du prolongement de l'hospitalisation d'office sont bien connus. À ce jour (23 mai 2011), on compte huit décisions de censure où l'abrogation a été repoussée à plus tard, la dernière en date étant celle n° 112 du 1<sup>er</sup> avril 2011<sup>2</sup>. On serait alors tenté de se rallier à l'interprétation du président Debré : chacun est dans son rôle – le Parlement légifère et le Conseil juge. Mais les choses ne sont pas aussi simples.

La structure même de la décision juridictionnelle, faite de visas, de motifs et d'un dispositif, conduit le Conseil constitutionnel à légiférer. En effet, sauf à verser dans l'arbitraire prétorien et à oublier les exigences élémentaires de l'État de droit, les juges sont amenés à justifier leurs décisions, notamment de censure, et ils le font dans les motifs. (De ce point de vue, on remarque que la QPC a généralisé la motivation à tous les stades de la procédure, devant les juges du fond, devant les juridictions suprêmes et devant le Conseil constitutionnel.) Les motifs d'une décision de censure sont plus ou moins précis, donc prescriptifs, selon la complexité de la matière : pour la décristallisation des pensions militaires, il suffisait au législateur de rétablir dans la loi de finances pour 2011 l'égalité de traitement entre les Français et les étrangers ; pour le maintien en hospitalisation d'office, le Parlement devra prévoir l'intervention du juge au bout des quinze premiers jours ; en revanche, quant à la garde à vue, trois éléments sont mis en cause (l'uniformité de la garde à vue, la négation de l'assistance effective d'un avocat, le droit de garder le silence), ce qui rend l'intervention du Parlement plus délicate. Voilà autant d'*avertissements* adressés au Parlement ou au couple Gouvernement/Parlement, pour être plus exact (ce que la formule « le législateur » rendrait adéquatement, si elle n'oubliait la figure du juge...). Le législateur ne saurait s'écarter des indications livrées par le Conseil constitutionnel, surtout dans le cadre du contrôle *a posteriori* tel qu'il a été dessiné : la complexion de la QPC donne au juge l'assurance de voir l'affaire revenir devant lui (tandis que la chose serait plus aléatoire dans le cadre du contrôle *a priori* qui dépend de la bonne volonté d'acteurs politiques qui en manquent souvent – la loi Gayssot de 1990 et la loi LRU de 2007 sont des exemples parmi

---

<sup>2</sup> Décisions n° 1 du 28 mai 2010, n° 14/22 du 30 juillet 2010, n° 32 du 22 septembre 2010, n° 45 du 6 octobre 2010, n° 71 du 26 novembre 2010, n° 83 du 13 janvier 2011, n° 108 du 25 mars 2011, n° 112 du 1<sup>er</sup> avril 2011.

d'autres). Il est évident que si le législateur ne prend pas en compte les motifs de censure indiqués par le juge une première fois, il risque une nouvelle et infâmante censure.

Nous disposons à l'heure actuelle de cinq illustrations de ce que les parlementaires appellent la « co-production législative », sauf à remarquer qu'elle n'associe pas seulement le Gouvernement et le Parlement, mais aussi, et ici surtout, le Conseil constitutionnel. Dans cinq affaires, en effet, le « législateur » s'est prononcé définitivement, sous réserve de la modification du code de la santé publique, actuellement en deuxième lecture. C'est pourtant un des exemples les plus intéressants, je vais y revenir. Tournons auparavant notre attention vers les quatre lois adoptées par le Parlement en réponse à une décision de censure du Conseil constitutionnel à effet différé. A) La loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, article 211 remédie à l'inconstitutionnalité en matière de pensions militaires constatée par le Conseil dans sa décision n° 1 du 28 mai 2010 ; B) La loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques, article 19, modifie l'article 45 du code des postes et des communications électroniques censuré par la décision n° 45 du 6 octobre 2010 ; C) La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue fait écho à la célèbre décision n° 14/22 du 30 juillet 2010 ; D) Cette même loi a modifié le code des douanes dont l'article 323, 3° avait été condamné par le Conseil dans la décision n° 32 du 22 septembre 2010. — E) On ajoutera l'examen du projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010 relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychologiques et aux modalités de leur prise en charge. L'Assemblée nationale doit statuer en deuxième lecture le 31 mai 2011 ; ce sera ensuite au Sénat de se prononcer. Le projet de loi rectifie le code de la santé publique en tenant compte de la censure prononcée par le Conseil dans sa décision n° 71 du 26 novembre 2010.

Dans les deux premiers cas, le grief retenu par le Conseil était, au fond, assez simple. Dans la décision n° 1, l'inconstitutionnalité venait de la rupture du principe d'égalité entre les anciens combattants selon que leur nationalité était française ou étrangère : l'injonction faite au couple Gouvernement/Parlement était tout aussi simple – la loi devait mettre fin à cette discrimination (au sens littéral comme au sens figuré) avant le 1<sup>er</sup> janvier 2012, manière d'indiquer que la modification devait figurer dans la loi de finances pour 2011, ce qui se comprenait aisément vu que le Conseil abrogeait les dispositions de trois lois de finances antérieures. Le législateur financier s'est exécuté et l'article 211 porte que la valeur du point de pension et d'indice des pensions, ainsi que les indices servant au calcul des pensions, sont alignés sur ce qui est réservé aux ressortissants français. (Je n'envisage pas ici l'autre injonction du Conseil, visant à régler les situations contentieuses en cours.) Dans la décision n° 45, qui avait trait à l'attribution et au retrait des noms de domaine sur internet, le grief était également assez simple : le Conseil reprochait au législateur une incompétence négative et d'avoir laissé trop de latitude au pouvoir réglementaire ; il assortissait sa censure d'un délai allant jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2011. Le projet de loi avait été déposé par le Gouvernement le 15 septembre 2010, c'est-à-dire avant la décision du Conseil. C'est par la voie d'amendement au sein de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale le 30 novembre 2010 que le projet a été enrichi d'un nouvel article 12, qui allait devenir l'article 19 de la loi du 22 mars 2011. Le Parlement, de l'aveu du député Lionel Tardy, à l'origine de l'amendement, s'est contenté de faire « remonter » dans la loi ce qui figurait avant dans un

décret. Les articles L. 45 et suivants du code des postes et des communications électroniques ont été réécrits ou créés en ce sens. On note, en l'espèce, que le Parlement en a profité pour compléter le dispositif, allant au-delà de ce qui était exigé par le Conseil.

Ces deux premiers exemples sont éclairants, mais la matière pénale l'est encore plus. On vise ici ensemble la garde à vue et la rétention douanière, institutions juridiques proches en ce qu'elles privent une personne de sa liberté pour une durée par définition brève. Dans sa décision n° 32 du 22 septembre 2010, le Conseil fondait sa censure de l'article 45, 3° du code des douanes sur des motifs semblables à ceux qui avaient condamné le régime ordinaire de la garde à vue dans la décision n° 14/22 du 30 juillet 2010. On peut citer : le régime uniforme tant de la garde à vue que de la rétention douanière, la négation d'une assistance effective de la part d'un avocat, l'absence de mention selon laquelle le prévenu peut garder le silence. Rien d'étonnant à ce que ce fût la même loi qui ait corrigé les défauts déclarés par le Conseil, à savoir la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011. Le Gouvernement et le Parlement se sont livrés ici plus qu'ailleurs à une discussion acharnée : les décisions du Conseil constitutionnel obligeaient à revoir de fond en comble les principes les mieux établis de la procédure pénale française. Trois griefs au moins étaient énoncés par le Conseil dans sa décision du 30 juillet : 1) Le régime (ordinaire) de la garde pèche par son uniformité : elle peut être prononcée « quelle que soit la gravité des faits qui motivent une telle mesure » et elle peut être prolongée de 24h supplémentaires « sans que cette facultés soit réservée à des infractions présentant une certaine gravité » (considérant 27) ; 2) La procédure ne permet pas « l'assistance effective d'un avocat » (considérant 28) ; 3) Elle n'informe pas plus le gardé à vue de son droit de conserver le silence (considérant 28). Plusieurs articles du code de procédure pénale étaient censurés : si le « législateur » se voyait accorder un délai jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2011, il devait passer sous les fourches caudines du Conseil.

La loi du 14 avril 2011 n'a pas joué au plus fin : le code de procédure pénale comprend désormais un article 62-2 n'autorisant la garde à vue qu'autant que l'infraction suspectée constitue un crime ou un délit passible d'une peine d'emprisonnement ; l'article 63, II ajoute que le prolongement de la garde à vue suppose que l'infraction alléguée constitue un crime ou un délit frappé d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an. Il comprend aussi un article 63-1 autorisant le gardé à vue à conserver le silence, tandis que les articles 63-4-1, 63-4-2 et 63-4-3 permettent à l'avocat de consulter les procès verbaux, de prendre des notes, d'assister aux auditions et confrontations (le mot « audition » remplace celui d' « interrogatoire »), de poser des questions et de présenter des observations écrites à l'issue de chaque audition ou confrontation. (Par voie de conséquence, l'article 19 de la loi du 14 avril 2011 bouleverse le code des douanes : l'article 323 devient une sorte de chapeau ; il est suivi des articles 323-1 à 323-10 nouveaux. L'article 323-1 du code des douanes précise qu'elle ne frappe que les actes délictueux susceptibles d'une peine d'emprisonnement ; l'article 323-5 prévoit la présence effective d'un avocat ; l'article 323-6 le droit de garder le silence, etc. Toutes ces modifications répondent aux motifs énoncés par le Conseil dans le considérant 7 de la décision n° 32 du 22 septembre dernier.)

Ultime confirmation, la plus nette, bien que la loi n'ait pas encore été votée (elle en est au stade de la deuxième lecture) : il s'agit de la modification de l'article L. 3212-7 du code de la santé publique, relatif à l'hospitalisation sans consentement, censuré par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 71 du 26 novembre 2010 qui différerait l'abrogation au

1<sup>er</sup> août 2011. L'affaire est passionnante parce que, de manière peu habituelle, le Premier ministre a mis en relief le bouleversement provoqué par la décision du Conseil par l'envoi le 26 janvier 2011 d'une « Lettre rectificative au projet de loi n° 2494 relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge ». Le projet de loi avait été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 5 mai 2010, or il portait notamment sur l'hospitalisation sans consentement. L'essentiel pour notre propos ne tient pas à la satisfaction donnée au Conseil constitutionnel : le code de la santé publique est amendé (articles L. 3211-12-1 et s.) selon les directives données par le considérant 25 de la décision de novembre – désormais, le juge des libertés et de la détention devra se prononcer au bout de quinze jours d'hospitalisation, puis tous les six mois. L'essentiel est que le Gouvernement (suivi par le Parlement) va au-delà de ce que réclamait spécifiquement la décision n° 71 : il *anticipe* les reproches qui pourraient être adressés à d'autres dispositions du code de la santé publique, voire au projet de loi en discussion au Parlement en tant qu'il modifie des articles du même code.

D'une part le Premier ministre étend l'intervention du juge des libertés et de la détention à l'hospitalisation décidée par l'autorité publique. On sait que l'hospitalisation sans consentement connaît deux modalités, celle à la demande d'un tiers et celle décidée par l'autorité publique (en pratique, le préfet), dite encore hospitalisation d'office. Or la décision du Conseil ne valait que pour l'hospitalisation sans consentement à la demande d'un tiers : en effet, la QPC naît d'un litige entre les parties, la disposition législative en cause doit être « applicable au litige » selon la première condition posée par le législateur organique (article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958), tandis que le Conseil constitutionnel voit sa compétence enfermée dans les bornes de la saisine – il ne saurait statuer sur une autre disposition que celle qui est attaquée devant lui. Il reste que les deux régimes de l'hospitalisation sans consentement sont proches, de sorte que le Gouvernement a rapidement estimé que ce qui valait pour l'un devait valoir pour l'autre. D'autre part le Premier ministre est obligé de revenir sur des dispositions du projet de loi du 5 mai 2010 qui, à la lumière de la décision du Conseil, lui semblent encourir un risque grave de censure au cas où une QPC serait formée. Ces dispositions allégeaient les formalités requises pour l'admission (et non plus le maintien) en hospitalisation forcée, ce que le Gouvernement appelle des « mesures de simplification ». Il croit devoir y renoncer eu égard aux exigences du Conseil en matière de libertés. Les articles L. 3212-1 et L. 3213-1 du code de la santé publique restent dans leur rédaction en vigueur : deux certificats médicaux continueront d'être réclamés pour une hospitalisation à la demande d'un tiers, là où le projet de loi n'en prévoyait plus qu'un ; le certificat médical continuera à être demandé à un psychiatre extérieur à l'établissement pour une hospitalisation d'office, alors que le projet de loi autorisait un certificat émis par un psychiatre de l'établissement. Cet exemple est très significatif car il met en évidence l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel depuis que celui-ci peut contrôler les lois *a posteriori* : le « législateur » ne se contente pas de modifier la disposition législative censurée, il va plus loin, il modifie également celles qui en semblent solidaires. C'est d'autant plus frappant ici que le Gouvernement est contraint de renoncer, en pleine procédure législative, à des « simplifications » qu'il souhaitait apporter à la loi existante – et dont il craint, à juste titre ou pas, qu'elles apparaissent liberticides aux yeux du Conseil constitutionnel examinant une nouvelle QPC.

On le constate dans ces divers cas, le Parlement a obéi point par point aux prescriptions du Conseil constitutionnel : sa liberté est sous surveillance, il ne peut légiférer que dans le cadre posé par le Conseil – on a dit aussi qu’il anticipait parfois des griefs d’inconstitutionnalité. Comment pourrait-on contester que le Conseil constitutionnel « pré-légifère » ? La co-législation, évidente dès lors que le Conseil rend une décision de censure, prend les traits d’une pré-législation lorsque l’abrogation est à effet différé : donnant le sentiment de redonner la main au couple Gouvernement/Parlement, le Conseil constitutionnel conditionne en réalité la législation à venir, il la prépare et la contraint. Il ne saurait en être autrement dans un système juridique où les juges sont obligés de motiver leurs décisions, où le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* donne l’assurance que les lois seront impitoyablement passées au crible et que l’abrogation peut être différée.

Julien Boudon  
Professeur de droit public à l’Université de Reims