

***Présence et perspectives de l'argument du précédent dans les délibérations du Conseil constitutionnel***

Coralie RICHAUD, ATER à l'Université Montpellier I, CERCOP

Plan :

I- L'argument du précédent dans les délibérations du Conseil

- A- Un argument à l'origine de la prudence du Conseil dans l'élaboration des décisions*
- B- Un argument au service de la continuité des décisions du Conseil*

II- L'identification du précédent dans les décisions QPC

- A- Les « lieux » d'identification du précédent*
- B- Les conditions d'identification du précédent*

A la faveur d'une conception traditionnelle française, le juge serait considéré comme la bouche de la loi qui en prononce les paroles et son rôle se limiterait à l'application de celle-ci. Ainsi, à l'inverse des Parlements d'Ancien régime, la prohibition des arrêts de règlement aurait dû conduire les juges à ne plus poser de principes juridiques à l'occasion de leurs décisions, ni créer de liens entre les différents cas soumis à leurs examens<sup>1</sup>. Cette représentation « révolutionnaire » de l'office du juge est communément opposée à la tradition de la Common Law qui, à la même époque, a choisi d'accorder aux juges une place déterminante dans le système juridique. Très rapidement les juges anglais et américain ont été considérés comme « créateurs » du droit et de la règle juridique selon la célèbre expression « the judge made law ». Encore de nos jours, ils créent ainsi la règle juridique dans leurs décisions et peuvent s'y référer pour juger des cas similaires grâce à la technique du précédent. De cette opposition théorique entre ces deux représentations de l'office du juge, la doctrine en a longtemps tiré le refus de laisser le juge français, et plus tard le Conseil constitutionnel, énoncer un précédent dans ses décisions et s'y référer ensuite.

Cette posture est aujourd'hui remise en cause pour au moins trois raisons. En confondant tout d'abord les notions de « précédent » et de « jurisprudence », les analyses doctrinales du début du XXème siècle ont occulté la réflexion relative à la notion même de précédent en droit français. En examinant conjointement ces deux notions comme des « phénomènes judiciaires »<sup>2</sup>, à savoir comme « l'ensemble des solutions données qui, dans une matière donnée se trouvent consacrées par les décisions des tribunaux »<sup>3</sup>, la doctrine a longtemps contribué à ne donner qu'une définition partielle du précédent. Cette analyse s'est

---

<sup>1</sup> Pour une analyse critique de la prohibition des arrêts de règlement, Yves GAUDEMET, « La prohibition des arrêts de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », R.D.P, n°6, 2010, p.1616.

<sup>2</sup> Christophe GRZEGORCZYK, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », Archives de Philosophie du Droit, 1985, « La Jurisprudence », p35.

<sup>3</sup> J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, 1939, n°113, p.152.

ensuite traduite par un lancinant débat doctrinal autour de la place à accorder à la jurisprudence parmi les sources du droit. Pour autant, le précédent ne se résume pas à la jurisprudence et la question de sa normativité n'est pas le cœur de sa définition. Il incarne pour le juge bien plus qu'une source du droit, une manière de juger.

L'évolution de la place accordée au contentieux constitutionnel depuis 1958 conjugué à l'essor de la justice constitutionnelle ont ensuite placé l'analyse jurisprudentielle au cœur des réflexions entourant le droit constitutionnel. Partant, la réflexion autour du mode d'élaboration des décisions rendues par le Conseil a été relancée à l'aune du droit positif.

Cette réflexion a enfin levé le voile sur la présence d'arguments novateurs dans la construction du raisonnement du juge au rang desquels figure le précédent. Ce constat est par ailleurs partagé dans d'autres disciplines juridiques au sein desquelles la place du précédent a déjà fait l'objet de nombreuses études<sup>4</sup>. Parmi les clés de compréhension de l'évolution des outils mobilisés lors du raisonnement, la publication des délibérations du Conseil mérite une attention toute particulière car celles-ci révèlent le recours à l'argument du précédent dans le délibéré. En dévoilant une face jusque-là cachée du procès constitutionnel et inaccessible du fait du secret du délibéré, l'analyse des 31 délibérations publiées souligne le rôle argumentatif joué par le précédent. Autrement dit, ces documents montrent la création et la réutilisation du précédent par le juge dans l'élaboration de ses décisions **(I)**.

Par ailleurs, au lendemain du premier anniversaire de la mise en œuvre du contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois figurant au nouvel article 61-1 de la Constitution, il est permis de s'interroger sur le recours au précédent dans cette nouvelle phase du procès constitutionnel. En prévoyant qu'une Question Prioritaire de Constitutionnalité (ci après nommée QPC) puisse être soulevée si elle réunit les trois conditions prévues par l'article 23-2, la loi organique introduit la notion de précédent. Parmi ces trois conditions, la deuxième pose les bases de la reconnaissance du précédent dans le contrôle a posteriori. L'article 23-2 alinéa 2 prévoit que la disposition législative contestée pourra être transmise dans le cas où « elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ». Il s'agit donc ici pour les juges du filtre de vérifier que la disposition législative est « vierge » de tout précédent examen, et si tel est le cas de rechercher si des changements de circonstances de droit ou de faits permettent de transmettre la QPC. La recherche d'un précédent par les juges du filtre les entraîne vers un travail d'identification du précédent auquel le Conseil constitutionnel prend également part **(II)**.

---

<sup>4</sup> V. notamment, « Les revirements de jurisprudence », Rapport remis à Monsieur le premier Président Guy CANIVET, groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, éditions LITEC, 2004, Georges VEDEL, « Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? », EDCE, 1979-1980, p. 31. Caroline GAUCABEE, « La jurisprudence et les silences du Code Civil, lecture d'une carence originelle », Revue Droits, in L'esprit du Code Civil, 2008, p.3.

## **I- L'argument du précédent dans les délibérations du Conseil constitutionnel**

Au-delà de l'intégration sémantique du terme « précédent » dans les délibérés, la publication des procès-verbaux des vingt-cinq premières années d'activité du Conseil met en lumière l'extrême sensibilité des conseillers à l'égard de l'argument du précédent. Sa présence dans près de la moitié des délibérés, souligne la prise de conscience du juge de ce que ses décisions l'engagent. Le précédent est un argument à la fois ancré dans le passé et tourné vers l'avenir. Ancré dans le passé d'une part, car le lien tissé par le Conseil avec ce qui a déjà été jugé est au service de la continuité recherchée de sa jurisprudence (**B**). Tourné vers l'avenir d'autre part, car l'attention portée aux « suites » de ses décisions est à l'origine de la prudence avec laquelle le Conseil rédige ses décisions (**A**).

### **A- Un argument à l'origine de la prudence du Conseil dans l'élaboration des décisions**

Si l'expression « faire précédent » est connue des médias, des juristes, des commentateurs et des étudiants, il est souvent difficile d'en saisir le sens. Comparable à une « formule magique », cette expression est souvent invoquée pour décrire la singularité d'une décision rendue par le juge. Le problème se pose ainsi du sens de cette singularité. S'agit-il d'une décision qui serait « extraordinaire », « inédite » par rapport aux autres et qui mériterait donc une attention particulière? Ou s'agit-il d'une décision qui aurait force obligatoire pour l'avenir? Ces interrogations nécessaires à la compréhension de cette expression semblent trouver une réponse partielle dans l'analyse des délibérations. Faire précédent serait à la fois une crainte et une charge pour l'office du juge.

À l'image du tableau de Raphaël intitulé « *Jurisprudence* », le juge constitutionnel élabore ses décisions avec prudence. L'œuvre du peintre italien de la Renaissance met en lumière les vertus nécessaires pour le juge dans l'exercice de son office. Au dessus des représentations du droit romain et du droit canonique, l'artiste peint une jeune femme recherchant dans le reflet du miroir qu'elle tient à la main, les vertus requises au prononcé de la justice. Sur le frontispice des colonnes romaines sont gravés les mots tempérance, courage et prudence. Et c'est avec prudence que le juge délibère, conscient que sa décision pourrait « créer » un précédent.

La préoccupation du juge de ne dire que ce qui est éminemment nécessaire pour la décision est le leitmotiv des vingt-cinq premières années de vie du contrôle de constitutionnalité a priori. Loin de vouloir se lier à ses propres décisions, le Conseil fait le choix d'une rédaction elliptique des décisions. Cette prudence rédactionnelle est intimement liée à la tension qu'entretient le juge avec le poids du passé et le défi de l'avenir. Cette tension a rapidement été exprimée par les membres du Conseil à l'image de René BROUILLET

invitant ses pairs dans les séances des 14 et 15 Janvier 1975<sup>5</sup> à la plus grande concision dans la rédaction des décisions. Selon lui, plus le Conseil serait concis, moins il serait vulnérable<sup>6</sup>.

« Faire précédent » renvoie au choix fait par le juge de l'interprétation de la Constitution, pouvant ainsi le conduire à la formulation d'un précédent dont il aura la charge dans le futur. Ce choix peut être de deux natures. Soit le choix porte sur l'étendue de la compétence du juge et forme un précédent de compétence. Soit le choix porte sur la constitutionnalité de la loi soumise à son examen et devient un précédent de substance.

Selon cette distinction, la délibération du 11 Août 1960<sup>7</sup> est un précédent de compétence. En soutenant que le Conseil devait user de la plénitude de sa compétence en allant, dans le cas d'espèce, jusqu'à se saisir de l'ensemble des dispositions de la loi de finances pour 1960, bien qu'il n'ait été initialement saisi que de ses articles 17 et 18, le rapporteur de la décision invitait les conseillers à faire le choix d'une compétence élargie. Comme le souligne Georges POMPIDOU, cette question est de taille car la réponse qui y sera apportée « fera jurisprudence »<sup>8</sup>. En faisant le choix ou non d'une compétence élargie du Conseil, les conseillers étaient conscients qu'ils réaliseraient au-delà d'un choix de circonstance, un véritable choix d'interprétation de la Constitution. Choix pouvant être par la suite à l'origine d'un précédent. En appelant ses pairs en fin de séance à « suivre la politique habituelle » en « évitant de se prononcer »<sup>9</sup>, le Président René COTY les invitait à faire le choix de la raison. Suivant ses propos par une majorité de quatre contre trois, les membres du Conseil ont fait le choix d'une compétence restreinte et ont créé un précédent de compétence qui n'a pas été remis en cause jusqu'à la décision du 5 Juillet 1977<sup>10</sup>.

Ce choix est également celui de la réponse apportée par le Conseil à la question de droit soumise à son examen. En attestent les séances des 14 et 15 Janvier 1975<sup>11</sup> portant sur l'examen de la loi IVG. Le Conseil devait se prononcer sur la constitutionnalité de la loi autorisant l'interruption volontaire de grossesse et la question soumise au juge était à l'époque épineuse. Le choix de rendre ces dispositions conformes à la Constitution a longtemps été débattu. Pierre CHATENET insiste à l'époque sur la prudence nécessaire dans la rédaction car « il ne faut pas avoir l'air que la loi apporte quelque chose pour le respect de la vie. Le

---

<sup>5</sup> Séance des 14 et 15 Janvier 1975, Décision n° 75-54 DC, Interruption volontaire de grossesse, in Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983, sous la direction de Bertrand MATHIEU, Jean-Pierre MACHELON, Dominique ROUSSEAU, Xavier PHILIP, Dalloz, 2009, p. 266-286.

<sup>6</sup> Séance des 14 et 15 Janvier 1975, Décision n° 75-54 DC, Interruption volontaire de grossesse, in Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983, *op.cit.*, p.281.

<sup>7</sup> Séance du 11 Août 1960, Décision n°60-8 DC, Redevance télévision, in Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983, *op.cit.*, p. 63-74.

<sup>8</sup> Séance du 11 Août 1960, Décision n°60-8 DC, Redevance télévision, in Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983, *op.cit.*, p. 68.

<sup>9</sup> Séance du 11 Août 1960, Décision n°60-8 DC, Redevance télévision, in Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983, *op.cit.*, p. 70.

<sup>10</sup>CC, n° 77-79 DC, 5 Juillet 1977, Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 Juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale, Rec., p.35 – J.O. du 6 Juillet 1977, p. 3560.

<sup>11</sup> *Op.cit.* note n°5.

droit à la vie était reconnu depuis longtemps »<sup>12</sup>. Ce choix est ici intimement lié à un choix de compétence bien connu : le Conseil devait-il opérer un contrôle de conventionalité des lois ? Le choix de ne pas retenir cette option fait très largement écho aux propos du Président FREY avertissant ses pairs que si le Conseil « adoptait la solution proposée, il s'engagerait dans une voie périlleuse [...] sa décision serait donc critiquée et critiquable. Il serait accusé d'aller au-delà des limites de sa compétence et de se rendre coupable d'un détournement de pouvoir. »<sup>13</sup>

Par ailleurs, « faire précédent » suppose aussi que le Conseil ait la maîtrise des précédents de compétence et de substance qu'il formule. En attestent, l'éloquence des paroles du Doyen Georges VEDEL, à l'époque rapporteur dans la délibération des 19 et 20 Janvier 1981<sup>14</sup> relative à la loi sécurité et liberté, dans laquelle il rappelle à l'ordre les auteurs de la saisine en précisant que « le Conseil n'a jamais, de près ni de loin, reconnu valeur Constitutionnelle au principe de l'individualisation des peines »<sup>15</sup> dans son précédent du 27 Juillet 1978. Le ton de cette déclaration est à la mesure de l'inquiétude et de la crainte des membres du Conseil de voir leur échapper leurs précédents.

« Faire précédent » implique donc trois aspects : la formulation d'un précédent, sa réutilisation et son exacte interprétation. Partant, la crainte d'une éventuelle contradiction entre les précédents plane dans les esprits des conseillers. En ce sens, Louis GROS souligne avoir « toujours craint que le Conseil constitutionnel, de précédents mineurs aux précédents plus sérieux, soit conduit à se trouver un jour devant un ensemble de décisions gênantes »<sup>16</sup>.

La prudence ainsi suscitée par la crainte de « faire précédent » en retenant une interprétation de la Constitution qui pourrait être liante dans l'avenir, semble avoir entraîné le juge dans un mode de raisonnement différent de celui que révèle la simple lecture des décisions. Celui d'un mode de raisonnement proche des juges de la Common Law. Rappelons-le, la doctrine du précédent est peu à peu devenue Outre Manche une manière de décider<sup>17</sup> en référence aux décisions passées, mais avec une force contraignante relativisée. Progressivement, la règle du précédent déclarée par la Chambre des Lords a même été présentée par d'éminents juristes sous l'égide de Rupert CROSS comme n'étant « ni une règle fondamentale ni un des principes directeurs du système juridique anglais mais une pratique imposée par cette règle »<sup>18</sup>. S'agissant du Conseil, aucune règle ne lui impose d'avoir recours à son précédent ni même d'en formuler un et cela lui est même formellement interdit. Pour

---

<sup>12</sup> Séance des 14 et 15 Janvier 1975, Décision n° 75-54 DC, Interruption volontaire de grossesse, in Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983, *op.cit.*, p.284.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Séances des 19 et 20 Janvier 1981, Décision n° 80-127 DC, Sécurité et liberté, , in Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983, *op.cit.*, p.362-399.

<sup>15</sup> Séances des 19 et 20 Janvier 1981, Décision n° 80-127 DC, Sécurité et liberté, , in Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983, *op.cit.*, p.379.

<sup>16</sup> Séance du 18 Novembre 1982, Décision n°82-146 DC, Quota par sexe I et décision n° 82-128 L, Code du service national, , in Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983, *op.cit.*, p.449.

<sup>17</sup> Neil DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, Cambridge University Press (978-0-521-71336-8)« This book is concerned with one specific decision-making option : deciding on the basis of what was done when the same matter had to be resolved in the past. When we decide in this way, we decide according to precedent ».

<sup>18</sup> Rupert CROSS, *Precedents in English Law*, 1961, pp. 249-250.

autant une pratique s'est très tôt installée : le juge crée des précédents mais reste prudent car ceux-ci devront répondre à l'exigence d'une certaine continuité.

## **B- Un argument au service de la continuité des décisions du Conseil**

Si l'on considère la continuité comme étant le caractère de ce qui est ininterrompu et donc de ce qui a vocation à durer, alors l'analyse des délibérations révèle que le juge constitutionnel n'envisage pas de rupture entre ses différentes décisions. Partant, il tisse un lien entre ce qu'il a déjà jugé et ce qu'il jugera. Pour ne prendre qu'un exemple, dans la délibération des 24 et 25 Février 1982<sup>19</sup> concernant la décision relative à la loi portant statut particulier de la région de Corse, le rapporteur proposait d'inscrire dans le dispositif de la décision qu'en « corrélation avec la décision n°82-137 DC concernant la loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, la loi portant statut particulier de la région de Corse est déclarée non contraire à la Constitution »<sup>20</sup>. Cette formulation du dispositif, très vivement critiquée par le Doyen VEDEL dénonçant un « projet plus proche d'une dissertation que d'une décision d'un organe juridictionnel à qui il appartient de trancher les litiges qui lui sont soumis »<sup>21</sup> et le terme de corrélation jugé trop vague par les conseillers, a néanmoins conduit le Conseil à prendre en considération, à l'image de son rapporteur René BROUILLET, le lien existant entre les deux lois et les deux décisions. Par ailleurs, André SEGALAT précisait que le Conseil avait déjà eu l'occasion de faire référence dans une décision à une autre<sup>22</sup>.

Au-delà du lien de corrélation qui peut exister entre deux décisions, le Conseil établit un rapport temporel entre celles-ci, faisant ainsi naître l'idée selon laquelle il lui serait nécessaire de rechercher le sens passé de ses décisions pour en proposer un sens actualisé. La tension entre ces deux mondes (celui de l'avant et de l'après) trouve en partie refuge sous les auspices de l'argument du précédent. Ce qui est impérieux pour le juge est de ne pas avoir à « se déjuger »<sup>23</sup> comme le souligne Marcel WALINE dans la délibération du 26 Juin 1969<sup>24</sup>. L'importance accordée à l'époque au maintien de l'autorité de la chose jugée par le Conseil est sans nul doute intimement liée aux débats entourant l'écriture de la Constitution de 1958 et notamment de son article 62<sup>25</sup>. La crainte de voir les cours suprêmes statuer sur la

---

<sup>19</sup> Séances des 24 et 25 Février 1982, Décision n° 82-138 DC, Loi portant statut particulier de la région de Corse, in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, *op.cit.*, p.400-416.

<sup>20</sup> Séances des 24 et 25 Février 1982, Décision n° 82-138 DC, Loi portant statut particulier de la région de Corse, in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, *op.cit.*, p.411.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Séances des 24 et 25 Février 1982, Décision n° 82-138 DC, Loi portant statut particulier de la région de Corse, in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, *op.cit.*, p.412.

<sup>23</sup> Séances du 26 Juin 1969, Décision n° 69-55L, Protection des sites, in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, *op.cit.*, p.196.

<sup>24</sup> Séances du 26 Juin 1969, Décision n° 69-55L, Protection des sites, in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, *op.cit.*, p.194-198.

<sup>25</sup> Comité National chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Vème République, Documents pour servir l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 Octobre 1958, Volume I, *Des origines de la loi Constitutionnelle du 3 Juin 1958 à l'avant-projet du 29 Juillet 1958*, La Documentation française, 1987,

régularité des décisions constitutionnelles étant très largement présente dans les archives constitutionnelles de l'élaboration de la Constitution, il est légitime que les conseillers n'aient pas souhaité donner l'impression que les décisions du Conseil pouvaient être contestables, et donc contestées. A cette fin, ils ont eu recours à l'argument de leurs précédentes décisions pour éviter l'affront de se « déjuger ». Le précédent s'est révélé être un atout pour le Conseil puisqu'il est devenu un outil pour le juge lui permettant d'introduire au sein du raisonnement l'adaptation nécessaire à la continuité et à la cohérence de ses décisions. Dans ce sens, les délibérations des 27 Février 1967<sup>26</sup> et 26 Juin 1969<sup>27</sup> doivent être lues conjointement car elles dépeignent la ductilité que l'argument du précédent confère au Conseil dans le « montage » de ses décisions.

Dans la délibération du 27 Février 1967, le Conseil, sous l'impulsion de Marcel WALINE alors rapporteur, s'engage dans l'évolution de sa jurisprudence. Tout en précisant que, si par le passé les précédents des 3 Mai 1961<sup>28</sup>, 17 Mars 1964<sup>29</sup> et 2 Juillet 1965<sup>30</sup> avaient conduit le juge à considérer que le fait que des peines correctionnelles sanctionnant la méconnaissance des règles édictées par un texte n'était pas de nature à modifier le caractère du texte et donc de le rendre de nature législative, le rapporteur rappelait qu'au regard des récentes évolutions, cette position devait être précisée. La précision de la décision de 1967 se soldant par l'ajout d'une condition : les nouvelles dispositions ne seraient pas sanctionnées tant que le législateur n'aurait pas adopté un nouveau texte. Cette précision est importante car au-delà de la question de fond, le Conseil aménage la continuité de l'interprétation qu'il a donné des dispositions constitutionnelles en ne faisant qu'assortir ses précédents de conditions sans pour autant s'engager dans un revirement de jurisprudence. Cette nuance peut paraître subtile mais s'affiche clairement dans les délibérés comme étant la cible à atteindre par le Conseil. Cette cible est celle de la continuité et de la cohérence de ses décisions. Comme pour toute institution, les décisions rendues par Conseil ont une portée réfléchissante sur l'institution qui les rend. En manipulant avec dextérité ses précédents dans le souci de ne

---

Volume II, *Le Comité consultatif Constitutionnel de l'avant-projet du 29 Juillet 1958 au projet du 21 Août 1958*, La Documentation française, 1988 ; Volume III, *Du Conseil d'Etat au référendum, 20 août – 28 Septembre 1958*, La Documentation française, 1991 ; Volume IV, *Commentaires sur la Constitution 1958-1959*, La Documentation française, 2001. Voir en ce sens Valérie BACQUET-BREHANT, « L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 Octobre 1958 », L.G.D.J, Coll. Bibliothèque Constitutionnelle et de science politique, Tome 120, 2005, p.11., Bertrand MATHIEU, « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2011, p.14.

<sup>26</sup> Séance du 27 Février 1967, Décision n°67-44 L, Code des débits de boissons, in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, *op.cit.*, p. 167-172.

<sup>27</sup> Séance du 26 Juin 1969, Décision n° 69-55L, Protection des sites, in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, *op.cit.*, pp. 194-198.

<sup>28</sup> CC, n°61-13 L, 3 Mai 1961, Nature juridique des dispositions des articles 87-7°, 88-VI, 89 al 4 et 92-V du Code électoral, contenues dans l'ordonnance n° 58-977 du 20 octobre 1958 relative à l'utilisation du vote par procuration ou par correspondance pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale, *Rec.*, p.36 – J.O. du 8 Octobre 1961, p.9215.

<sup>29</sup> CC, n°64-28 L, 17 Mars 1964, Nature juridique des dispositions de l'article 5 (1, 4ème alinéa) de l'ordonnance n° 58-966 du 16 octobre 1958 relative à diverses dispositions concernant le Trésor (Caisses de Crédit mutuel), *Rec.*, p.35 – J.O. du 13 Avril 1964.

<sup>30</sup> CC, n°65-35 L, 2 Juillet 1965, Nature juridique des articles 1er, 2, 3, 4 et 5 de l'ordonnance n° 59-247 du 4 février 1959 relative au marché financier, *Rec.*, p.79 – J.O. du 23 Août 1965.

pas étreindre l'évolution de sa jurisprudence, l'image renvoyée au Conseil est celle d'une juridiction sensible à la tension entretenue entre le poids du passé et la charge de l'avenir. En ce sens, le juge propose une réflexion s'insérant dans les problématiques contemporaines liées à la nécessité de prendre en compte les données temporelles dans les activités cognitives et de raisonnement<sup>31</sup>.

Cette maîtrise est aussi caractéristique dans la délibération du 26 Juin 1969. Le Conseil était saisi de l'article 4 alinéa 4 de la loi du 2 Mai 1930 modifiée par la loi n° 67-1174 du 23 Décembre 1967. Cet article prévoyait un délai de 4 mois durant lequel les propriétaires de sites ou de monuments naturels inscrits sur la liste départementale prévue par le même article devaient saisir l'administration de leur intention de procéder, sur les terrains compris dans les limites fixées par l'arrêté qui a établi la liste dont il s'agit, à des travaux autres que ceux d'exploitation courante en ce qui concerne les fonds ruraux et d'entretien normal en ce qui concerne les constructions. Consulté sur le délai de quatre mois, le Conseil avait relevé que deux des dispositions de l'article 34 de la Constitution pouvaient être applicables : les principes fondamentaux du régime de la propriété et la détermination des délits.

La première question relative à la constitutionnalité dudit article au regard de l'atteinte portée au droit de propriété fût rapidement tranchée en faveur de sa conformité à la Constitution. Le rapporteur Marcel WALINE, se référant à un arrêt du Conseil d'Etat en date du 4 Juin 1965 *Sieur Landy*, en a déduit que le délai imposé par l'administration se bornait à organiser une mesure de publicité et l'obligation faite au propriétaire de déclarer son intention d'entreprendre des travaux n'était qu'une simple déclaration faite à l'administration et non une demande d'autorisation. Il en conclut que « la durée du délai dans cette affaire ne semble pas toucher aux principes fondamentaux du régime de la propriété et est donc de nature réglementaire sous réserve de la dénaturation de l'institution par la fixation d'une délai trop long comme le Conseil a déjà eu l'occasion de le dire en matière de fixation des taux d'allocation »<sup>32</sup>

La seconde question est toutefois plus pertinente pour la démonstration. Le second point de la délibération portait sur le volet pénal de la loi de 1930. En modifiant le délai et en le portant à quatre mois, les conseillers pouvaient-ils toujours considérer, comme dans les précédents de 1961, 1964 et 1965 que si la matière était réglementaire alors il importait peu qu'elle soit punie de peines correctionnelles ? Ou au contraire poursuivre l'évolution réalisée par le précédent de 1967 qui assortissait cette position à la condition énoncée plus haut ? A cette question, le Conseil s'est montré favorable à la poursuite de l'évolution posée en 1967 tout en se réservant l'opportunité d'aller au-delà en déclarant de nature législative la disposition contestée. Dans les débats, François LUCHAIRE, René CASSIN, Pierre CHATENET et en tête le Président Gaston PALEWSKI, étaient particulièrement désireux de « ne pas faire apparaître de contradiction avec la précédente décision du Conseil »<sup>33</sup>. Cet aménagement du précédent de 1967 n'est donc pas un revirement de jurisprudence mais bien

---

<sup>31</sup> V. Jean-Paul HATON, « Le temps dans les systèmes automatiques de perception et de raisonnement », in *Le temps*, Actes du Colloque Interdisciplinaire Nantes 12 et 13 Mars 1998, Institut Universitaire de France, p.72.

<sup>32</sup> Séance du 26 Juin 1969, Décision n° 69-55L, Protection des sites, in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, *op.cit.*, p. 196.

<sup>33</sup> *Ibidem*.



le souci d'assurer la continuité de l'interprétation constitutionnelle dont les conseillers sont les gardiens et l'argument du précédent un « promoteur ». Dans ces deux délibérations, la liaison entre les différents précédents est l'un des ressorts de l'évolution du raisonnement du juge.

Les délibérations du Conseil offrent un nouveau regard sur le mode d'élaboration des décisions. Un regard à la fois novateur sur les arguments utilisés par le juge au sein du délibéré et porteur pour la reconnaissance du précédent dans le contentieux a priori. Ce regard est désormais tourné vers le contentieux a posteriori du contrôle de la constitutionnalité des lois.

## **II- L'identification du précédent dans les décisions QPC**

En prévoyant au deuxième alinéa de l'article 23-2 de la loi organique du 10 décembre 2009<sup>34</sup> que la transmission d'une QPC est subordonnée à ce que la disposition législative contestée n'ait « pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances », le législateur organique a lancé un défi de taille aux juges du filtre en particulier, et au Conseil constitutionnel et aux justiciables en général : celui de l'identification d'un précédent.

L'article 23-2 alinéa 2 soulève deux questions intimement liées. La première concerne l'interprétation de l'exigence d'une mention « dans les motifs et le dispositif » de la déclaration de conformité de la disposition législative. Faut-il en effet retenir une lecture cumulative de cette exigence et ainsi donner toute sa portée à la conjonction de coordination « et », ou préférer une lecture alternative ? La réponse des juges du filtre et du Conseil en faveur d'une lecture cumulative pose les critères des lieux d'identification du précédent (**A**). La seconde question résulte de la première. Si la lecture cumulative de l'exigence fixée par la loi organique implique qu'une décision soit un précédent si elle a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif, alors comment apprécier la déclaration « expresse » de conformité d'une disposition législative dans les motifs des décisions du Conseil ? C'est ici la question des conditions d'identification du précédent qui se pose (**B**).

### **A- Les « lieux » d'identification du précédent**

Le défi lancé par l'article 23-2 alinéa 2, a conduit à la création de solutions d'accompagnement à la recherche comme la mise en place de « fichiers positifs »<sup>35</sup> proposés par les services de la communication Internet du site du Conseil constitutionnel recensant à titre indicatif les dispositions législatives déjà déclarées conformes à la Constitution par le Conseil. L'identification des dispositions législatives déjà déclarées conformes à la Constitution est donc un préalable à la mise en œuvre de l'exigence posée par la loi

---

<sup>34</sup> Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution n° 2009-1523 Journal officiel du 11 décembre 2009, p. 21379.

<sup>35</sup> Lionel BRAU, « Le site internet du Conseil constitutionnel au service de la recherche de jurisprudence », in Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2011, p.87.

organique. A travers cette exigence, ce sont les lieux d'identification d'un précédent qui sont en jeu. La présence de la déclaration de conformité de la disposition législative déjà examinée doit-elle simplement se situer dans les motifs de la décision, ou apparaître conjointement dans les motifs et le dispositif de cette même décision ? Autrement dit, reconnaît-on un précédent car il a été énoncé dans les motifs et le dispositif d'une décision ou seulement dans ses motifs ? Cette question soulève donc le choix d'une lecture cumulative ou alternative de l'exigence fixée par la loi organique.

Chez nos voisins européens, la précision formulée par le législateur organique - qui au lieu de s'en tenir à la simple déclaration de Constitutionnalité exige que celle-ci figure dans les motifs et le dispositif - peut surprendre. Pourtant en France, elle n'est que le résultat d'un constat jurisprudentiel et juridique.

Un constat jurisprudentiel d'une part, car l'étendue de la compétence du Conseil a fait l'objet d'une saga riche en rebondissements jurisprudentiels. La décision du 11 Août 1960<sup>36</sup> fût le premier épisode d'une longue série en faisant le choix d'un contrôle restreint au moyen d'un considérant balai qui sera repris jusqu'en 1977. Mais s'ensuit un premier rebondissement avec la décision du 5 Juillet 1977<sup>37</sup>. Le Conseil décide alors de se prononcer dans le dispositif sur l'ensemble des dispositions de la loi soumise à son examen. Deuxième rebondissement, entre 1991<sup>38</sup> et 1993, le Conseil abandonne le considérant balai de 1977 pour ne mentionner dans le dispositif que les dispositions contraires à la Constitution. Epilogue en 1993<sup>39</sup>, le Conseil ne se prononce plus que sur les dispositions qui lui sont expressément soumises ou qu'il décide de soulever d'office<sup>40</sup>. L'évolution de la jurisprudence du Conseil à ce sujet a fait l'objet d'une extrême attention de la part du législateur lors de la rédaction de la loi organique. Le rapport de la Commission des lois constitutionnelles en 2009 insistait en effet sur ce point précis de l'interprétation de l'exigence de la loi organique. Il soulignait que l'exigence posée par l'article 23-2 alinéa 2 d'une mention dans « les motifs et le dispositif » de la décision avait pour effet d'empêcher qu'une mention de l'absence de contrariété à la Constitution dans le seul dispositif - comme cela était généralement le cas des dispositions fiscales non contestées avant 1987 - suffise à considérer que la disposition avait déjà été validée par le Conseil<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> CC, n°60-8 DC, 11 Août 1960, Loi de finances rectificative pour 1960, Rec., p.25 – J.O. du 13 Août 1960, p.7599. cons. 5 : « Considérant qu'en l'espèce, il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions dont il est saisi par le Premier ministre aux fins d'examen de ses articles 17 et 18 ».

<sup>37</sup> CC, n° 77-79 DC, 5 Juillet 1977, Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 Juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale, Rec., p.35 – J.O. du 6 Juillet 1977, p. 3560.

<sup>38</sup> CC, n° 90-287 DC, 16 Janvier 1991, Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales, Rec., p.24 – J.O. du 18 Janvier 1991, p. 924.

<sup>39</sup> CC, n° 93-321 DC, 20 Juillet 1993, Loi réformant le code de la nationalité, Rec, p. 196 – J.O. du 23 juillet 1993, p. 10391.

<sup>40</sup> Pour une analyse exhaustive V. Régis FRAISSE, « La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC », Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2011, p.77s.

<sup>41</sup> Rapport M. Jean-Luc WARSMANN au nom de la commission des lois Constitutionnelles, JO de l'Assemblée nationale, Septembre 2009, n°1898, p. 50s.

Un constat juridique d'autre part, la mise en œuvre de la QPC ne pouvait restreindre la déclaration de conformité au seul dispositif pour les décisions rendues par le Conseil entre 1977 et 1991. Cela aurait conduit à appauvrir le contrôle a posteriori d'une partie des dispositions législatives contrôlées et déclarées conformes par le Conseil pour cette période.

C'est donc au cœur de ces préoccupations que la décision du Conseil constitutionnel *Section française de l'Observatoire international des prisons* en date du 2 Juillet 2010<sup>42</sup> a semé le trouble<sup>43</sup>. Cette décision semblait opposer deux lectures concurrentes de l'exigence posée dans l'article de la loi organique dans le filtrage des QPC. A la faveur d'une lecture cumulative, le Conseil d'Etat avait transmis à son voisin du Palais Royal une QPC portant sur l'article 706-53-21 du Code de procédure pénale qui selon lui, n'avait pas déjà été « expressément examiné dans les motifs et le dispositif »<sup>44</sup> de la décision du Conseil relative à la rétention de sûreté du 21 Février 2008<sup>45</sup>. La réponse du Conseil constitutionnel déclarant qu'il avait « spécialement examiné »<sup>46</sup> ladite disposition dans les considérants 2 et suivants de sa décision avant de la déclarer conforme à la Constitution dans l'article 2 du dispositif a laissé penser que le juge constitutionnel avait fait le choix d'une lecture alternative. En effet, dans la décision de 2008 le Conseil ne procède pas formellement à un examen spécial dudit article car celui-ci ne fait l'objet d'une mention dans le chapeau introductif du considérant 2. Or, d'un point de vue matériel il est presque impossible que le Conseil n'ait pas examiné cet article si l'on considère les dispositions qu'il renferme. L'article 706-53-21 du Code de procédure pénale, dispose que : « la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté sont suspendues par toute détention intervenue au cours de leur exécution. Si la détention excède une durée de six mois, la reprise de la rétention de sûreté ou de la surveillance de sûreté doit être confirmée par la juridiction régionale de la rétention de sûreté au plus tard dans un délai de trois mois après la cessation de la détention, à défaut de quoi il est mis fin d'office à la mesure ». Cet article renferme le cœur même de la loi de 2008. Il est donc difficile de croire que le Conseil ne l'ait pas matériellement examiné. Par conséquent, la décision du 2 Juillet 2010 semble n'être qu'une simple maladresse liée à une motivation trop elliptique de la décision du Conseil en 2008.

En attestent les décisions du 30 Juillet 2010 *M. Daniel W. et autres*<sup>47</sup> et du 22 Septembre 2010<sup>48</sup> *M. Bulent A. et autres* qui ont suivi. Ces décisions renforcent le sentiment d'une maladresse du Conseil dans la décision de juillet. Elles montrent avec acuité que le Conseil ne se satisfait pas d'une lecture alternative de l'impératif posé par la loi organique. Dans chacune

---

<sup>42</sup> CC, n° 2010-9 QPC, 2 Juillet 2010, Section française de l'Observatoire international des prisons [Article 706-53-21 du Code de procédure pénale], Rec. p.90 – J.O. du 3 Juillet 2010, p.12120. Décision de renvoi : CE, 19 Mai 2010, n° 323930.

<sup>43</sup> Mathieu DISANT, « L'identification d'une disposition déjà déclarée conforme à la Constitution », *Constitutions*, 2010, p. 541s.

<sup>44</sup> *Op.cit.* note n°42.

<sup>45</sup> CC, n° 2008-562 DC, 21 Février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, Rec., 89 – J.O. du 26 Février 2008, p. 3272.

<sup>46</sup> *Op.cit.* note n°42.

<sup>47</sup> CC, n° 2010-14/22 QPC, 30 Juillet 2010, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], Rec., p. 105 – J.O. du 31 Juillet 2010, p.14198. Décision de renvoi : Cr.Cass, ch.crim., 31 Mai 2010, n°12030.

<sup>48</sup> CC, n°2010-31 QPC, 22 Septembre 2010, M. Bulent A. et autres [Garde à vue terrorisme], J.O. du 23 Septembre 2010, p.17290.

de ces décisions, le juge opère un travail de distinction des dispositions déjà ou non examinées avec une précision « chirurgicale ». Loin de s'en remettre à une lecture globale de ses décisions, qui selon une lecture alternative pourrait le conduire à rejeter l'examen de la QPC, le Conseil entreprend un « décorticage » précis de ses précédents. Le but étant de maximiser la portée de la QPC en vérifiant de manière « microscopique » que les dispositions contestées n'aient pas déjà été déclarées conformes à la Constitution.

Dans la décision *M. Daniel W. et autres*, le juge était appelé à se prononcer sur de nombreuses dispositions relatives au Code de procédure pénale dont les articles 63-4 alinéa 7 et 706-73. Dans son considérant 13, le Conseil motive avec précision en quoi lesdits articles ont été déjà déclarés conformes à la Constitution. A l'appui de son raisonnement, le Conseil invoque son précédent du 2 Mars 2004<sup>49</sup> en visant en particulier les considérants 2 et 21 de la décision. Ces derniers sont en effet réutilisés pour indiquer avec exactitude les lieux de la décision de 2004 dans lesquels le Conseil a examiné lesdites dispositions. Le travail de comparaison est minutieux et accompagné d'un dossier documentaire extrêmement fourni à l'égard du passé de ces dispositions. En relisant la décision de 2004, il est possible de constater que le Conseil a réalisé un travail de recherche extrêmement poussé des dispositions qu'il avait déjà spécialement examinées. Car si dans la décision de 2010, le juge n'examine pas l'alinéa 7 de l'article 63-4, il examine en contrepartie les alinéas 1 à 6 dudit article car il ne les a pas expressément examinés en 2004. Le « décorticage » ainsi réalisé par le Conseil permet une meilleure compréhension des lieux d'identification du précédent au sens de la loi organique. S'il ne l'a pas déjà spécialement examinée, la disposition fera l'objet d'un contrôle.

La décision *M. Bulent A. et autres* est elle aussi d'une précision redoutable. Saisi entre autres de l'article 706-88 du Code de procédure pénale, le Conseil explique que s'il a déjà déclaré conformes à la Constitution dans la décision du 2 Mars 2004 les alinéas 1 à 6 dudit article, les alinéas 7,8,9 et 10 n'ont eux jamais été examinés par le Conseil dans la décision du 19 Janvier 2006<sup>50</sup>. Pour justifier cette distinction, le juge décore ses motifs des considérants de la décision de 2004 donnant ainsi la preuve de la déclaration de conformité.

Le juge ne se satisfait donc pas d'une lecture alternative, et l'effort rédactionnel mené en parallèle du travail de fouille jurisprudentielle attestent du choix d'une lecture cumulative par le Conseil. La décision du 26 Mai 2011<sup>51</sup> et le commentaire qui l'accompagne confirme la lecture cumulative de l'exigence posée par la loi organique. En effet, le commentaire précise que le Conseil considère « qu'une disposition jugée conforme à la Constitution dans les motifs d'une de ses précédentes décisions mais non dans son dispositif n'a pas déjà été jugée conforme à la Constitution au sens des articles 23-2 et 23-4 »<sup>52</sup> L'évolution dans la rédaction

---

<sup>49</sup> CC, n° 2004-492 DC, 2 Mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Rec., p.66 – J.O. du 10 Mars 2004, p. 4637.

<sup>50</sup> CC, n° 2005-532DC, 19 Janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, Rec., p. 31 – J.O. du 24 Janvier 2006, p. 1138.

<sup>51</sup> CC, n° 2011-630 DC, 26 Mai 2011, Loi relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016- J.O du 21 mai 2011, p. 8889.

<sup>52</sup> Commentaire de la décision CC, n° 2011-630 DC, 26 Mai 2011, Loi relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016, consultable sur le site du Conseil constitutionnel, [www.conseilConstitutionnel.fr](http://www.conseilConstitutionnel.fr), p. 4.

des dispositifs des décisions du Conseil<sup>53</sup> renforce également cette lecture. En précisant de manière très détaillée dans le dispositif les dispositions déclarées contraires et conformes à la Constitution, le juge facilite ainsi l'identification à venir des précédents.

A la question : quels sont les lieux d'identification d'un précédent au sens de la loi organique? Le Conseil répond : les motifs et le dispositif, adoptant ainsi une lecture cumulative de l'impératif fixé par la loi organique. Cette question fait écho à la seconde interrogation posée par l'article 23-2 alinéa 2 : comment apprécier le caractère « exprès » de la déclaration de conformité ?

## **B- Les conditions d'identification du précédent**

Comment apprécier le caractère exprès d'une disposition déjà déclarée conforme à la Constitution ? Autrement dit quelles sont les conditions que doit remplir la déclaration de conformité pour « faire précédent » ? Le dépistage de ces conditions dans les motifs des décisions est sensible car l'identification d'une disposition expressément examinée et déclarée conforme à la Constitution soulève de nombreuses interrogations.

Si l'adverbe « exprès » renvoie à trois adjectifs : explicite, formel, net, tous renvoient à l'idée d'un examen précis. L'emploi de cet terme pour qualifier l'analyse que le Conseil doit avoir mené à l'égard des dispositions législatives qui lui ont été soumises pour considérer qu'il est face à un précédent, peut s'avérer ambigu.

S'agissant tout d'abord de l'identification d'un précédent au sens de la loi organique, plusieurs questions méritent d'être posées sur la déclaration de conformité à la Constitution, portant à la fois sur son étendue et sa consistance.

Concernant son étendue, il convient de s'interroger, d'une part, sur la disposition législative sur laquelle elle porte, et d'autre part, sur le fondement constitutionnel sur lequel elle est prise. D'une part, il est important de préciser si la déclaration doit porter sur la version originale ou actuelle de la disposition législative contestée, et si elle peut couvrir des dispositions législatives connexes. D'autre part, il est nécessaire de savoir si la déclaration vaut pour l'ensemble des normes constitutionnelles afin que la disposition ne puisse être contestée sur un autre fondement.

Concernant sa consistance, il s'agit de déterminer si une telle déclaration peut se satisfaire d'une simple citation ou si elle requiert un examen exprès de la disposition contrôlée. Notamment, il faut s'assurer qu'une décision prise dans le cadre du contrôle a priori, qui n'aurait pas spécialement examinée les dispositions législatives du fait d'une saisine blanche, suffise à créer un précédent au sens de la loi organique.

---

<sup>53</sup> CC, n°2011-625 DC, 10 Mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Rec., p.3 – J.O. du 15 Mars 2011, p. 4630., CC, n° 2011-629 DC, 12 Mai 2011, Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, Rec., p. 2 – J.O. du 18 Mai 2011, p. 8571, CC, n° 2010-616 DC, 10 Novembre 2010, Loi organique relative à la gestion de la dette sociale, Rec., p. 11 – J.O. du 16 Novembre 2010, p. 20350.

*La déclaration de conformité d'une disposition législative dans sa version originale est un précédent sous condition.*

L'inflation législative est aujourd'hui une donnée que tous les acteurs du monde juridique prennent en considération car il est extrêmement fréquent qu'une loi en modifie une autre, soit par l'ajout de dispositions complétant un article, soit par la modification du contenu de celui-ci. Cette donnée est donc à prendre en considération en particulier dans le contentieux QPC. L'hypothèse concerne en effet les cas où le Conseil serait saisi d'une disposition dont il aurait déjà contrôlé la conformité à la Constitution sous l'empire de sa première version, et qui aurait entre temps été plusieurs fois modifiée par le législateur. Sa déclaration de conformité vaut-elle toujours dans ce cas là ? Le Conseil répond en deux temps.

Si la loi portant modification d'une disposition législative a été déclarée conforme par le Conseil et n'a pas, au jour de son examen, été modifiée, et qu'aucun changement de circonstances de faits ou de droit ne suscite de réexamen, alors elle n'est plus contestable. C'est le cas par exemple de la décision du 30 Juillet 2010<sup>54</sup> *Epoux P. et autres* portant sur l'article 16B du Livre des Procédures Fiscales dans sa version issue de la loi du 4 Août 2008. En ayant déjà déclaré conforme à la Constitution l'article 94 de la loi de finances pour 1985 dans les considérants 33 à 35 de sa décision du 24 Décembre 1984<sup>55</sup>, ensuite modifié par la loi du 29 Décembre 1989 insérant les alinéas 3 à 7 et 15 à 17 au paragraphe II de l'article 16B, lui-même déclaré conforme à la Constitution dans les considérants 91 à 100 de la décision du 29 Décembre 1989<sup>56</sup>, le Conseil ne revient pas sur sa déclaration de conformité car ces articles n'ont depuis subi aucune modification. La disposition est donc considérée comme ayant déjà été « spécialement » examinée.

En revanche, une loi modifiant une disposition précédemment déclarée conforme à la Constitution, mais qui n'aurait pas fait l'objet d'un contrôle a priori de la part du Conseil, ne peut se prévaloir du brevet de constitutionnalité émis par le passé. Il s'agissait ici du cas des dispositions insérées à l'article 16B par la loi de 2008 que le Conseil n'avait pas déjà déclarées conformes à la Constitution dans une de ses précédentes décisions. La distinction faite par le juge est ténue car appelle une connaissance particulièrement détaillée de la jurisprudence des Sages de la rue Montpensier. Si de manière globale cette solution favorise le contrôle a posteriori, il n'est pas certain qu'elle gagne en simplicité pour le justiciable. En effet, elle fixe le précédent dans un lieu temporellement éloigné de ce dernier.

*La déclaration de conformité d'une disposition législative examinée en lien avec une autre est un précédent.*

Conséquence de l'inflation législative et de la précision des thèmes abordés, certaines dispositions législatives peuvent être analysées en liaison avec d'autres. Dans ce cas la liaison

---

<sup>54</sup> CC, n° 2010-19/27 QPC, 30 Juillet 2010, *Epoux P. et autres* [Perquisitions fiscales], Rec., p.106 – J.O. du 31 Juillet 2010, p. 14202. Décision de renvoi : CE, 9 Juin 2010, n° 338028.

<sup>55</sup> CC, n° 84-184 DC, Loi de finances pour 1985, Rec., p. 94 – J. O. du 30 décembre 1984, p. 4167.

<sup>56</sup> CC, n° 89-268 DC, Loi de finances pour 1990, Rec., p. 95 – J.O. du 30 décembre 1990, p. 16609.

entre deux dispositions législatives suppose-t-elle une liaison dans la déclaration de conformité ? Autrement dit, si le Conseil a déclaré conforme à la Constitution une disposition législative en lien avec une autre, la déclaration de conformité vaut-elle pour la seconde ? Le Conseil répond par l'affirmative. La décision du 30 Juillet 2010 *M. Daniel W. et autres*<sup>57</sup> en est l'illustration. En l'espèce le juge était saisi d'une QPC portant sur l'appréciation des articles 63-4 alinéa 7 et 706-73 du Code de procédure pénale. Ces dispositions avaient été analysées ensemble dans la décision du 2 Mars 2004<sup>58</sup>. Le Conseil avait examiné les articles 1<sup>er</sup> et 14 de la loi portant adaptation de la justice et aux évolutions de la criminalité, qui insérait dans le livre IV un titre XXV relatif à la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées, le nouvel article 706-73 du Code de procédure pénale. Dans son analyse le Conseil avait également examiné les dispositions relatives à la garde à vue en matière de criminalité et de délinquance organisées prévues par le paragraphe I de l'article 14 dont résulte l'alinéa 7 de l'article 63-4 dudit code. Cet examen lié des deux dispositions avait conduit le Conseil à prononcer la conformité des deux dispositions. Six ans plus tard, et en l'absence de changement de circonstances de faits ou de droit, le Conseil a maintenu sa déclaration de conformité rejetant ainsi, pour ces articles, l'examen de la QPC. Dans cette décision, les deux articles ont donc bénéficié du brevet de constitutionnalité prononcé en 2004. L'examen d'une disposition législative en lien avec une autre constitue donc pour le Conseil un précédent.

*Une disposition législative citée dans une décision du Conseil et déclarée conforme est un précédent.*

C'est en effet la problématique soulevée par la décision du 2 Juillet 2010<sup>59</sup>. La mention d'une disposition dans les motifs d'une décision suffit-elle à emporter le brevet de constitutionnalité des dispositions expressément analysées ? Le Conseil a répondu par l'affirmative, en rejetant l'analyse des dispositions des articles 706-53-13 et 706-53-21 du Code de procédure pénale au motif qu'ils avaient déjà été déclarés conformes à la Constitution dans la décision de 2008 relative à la rétention de sûreté. Même si la mention desdits articles dans la décision n'emporte pas leurs examens précis, le Conseil déclare les avoir déjà examinés par le passé. Cette décision a suscité des interrogations quant à l'autorité accordée aux motifs des décisions du Conseil et souligne la nécessité pour le juge de s'engager dans une motivation plus précise en général et plus précise en particulier dans les cas du rejet d'une QPC.

*La déclaration de conformité vaut pour l'ensemble des normes constitutionnelles.*

Cette question est importante car le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation ne semblent pas y apporter la même réponse. Dans la décision de renvoi de la Cour de cassation

---

<sup>57</sup> *Op.cit.*, note n°47.

<sup>58</sup> *Op.cit.*, note n°49.

<sup>59</sup> *Op.cit.*, note n°42.

du 14 Septembre 2010<sup>60</sup>, les juges du Quai de l'Horloge ont transmis au Conseil une QPC portant sur la constitutionnalité de l'article 706-56 du Code de procédure pénale. Cet article ayant déjà expressément été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil dans sa décision du 16 Septembre 2010<sup>61</sup> *M. Jean-Victor C*, la décision de renvoi interpelle. La Cour de cassation considérait-elle que la question devait à nouveau être examinée au regard de fondements Constitutionnels différents ? La motivation particulièrement brève de la décision de renvoi à ce sujet le laisse sous entendre. Pour autant le Conseil a rejeté l'examen de la QPC dans sa décision du 12 Novembre 2010 *M. Charles S.*<sup>62</sup> en énonçant que cette disposition avait déjà été déclarée conforme dans la décision précitée du 16 Septembre 2010. Si la réponse du Conseil reste cohérente avec sa décision du 3 Décembre 2009<sup>63</sup> et le commentaire aux cahiers qui en était fait, au regard de ce « qu'en principe, lorsque le Conseil constitutionnel écarte dans les motifs un grief invoqué contre une disposition législative, il la déclare conforme à la Constitution dans son intégralité »<sup>64</sup>, alors une divergence d'interprétation de l'étendue de la déclaration de conformité avec la Cour de cassation pourrait conduire le Conseil à en préciser les contours à l'occasion d'une de ses décisions. De son côté, le Conseil d'Etat a lui aussi eu l'occasion de se prononcer sur cette question dans son arrêt du 19 Mai 2010<sup>65</sup>. Le juge du Palais Royal avait relevé que par la décision n°2004-503 DC du 12 août 2004<sup>66</sup>, le Conseil constitutionnel avait, dans ses motifs et son dispositif, déclaré l'article 22 de la loi précitée, dont était issu l'article querellé, conforme à la Constitution. Comme aucun changement de circonstances n'était survenu depuis, cela ne justifiait pas que la conformité de cette disposition à la Constitution soit à nouveau examinée par le Conseil constitutionnel. Et ce, alors même que la décision n°2004-503 DC ne s'était pas prononcée sur le moyen tiré de l'article 72 de la Constitution<sup>67</sup>. L'étendue de la déclaration de conformité valant ici pour l'ensemble des normes constitutionnelles.

*Une décision dans laquelle le Conseil n'aurait pas spécialement examiné les dispositions législatives du fait d'une saisine blanche ne crée pas un précédent.*

---

<sup>60</sup> Cr.cass, ch.crim, 14 Septembre 2010, n° 4977.

<sup>61</sup> CC, n° 2010-25 QPC, *M. Jean-Victor C*, [Fichiers empreintes génétiques], J.O. du 16 Septembre 2010, p. 16847.

<sup>62</sup> CC, n° 2010-61 QPC, 12 Novembre 2010, *M. Charles S.* [Refus de prélèvement biologique] J.O. du 13 novembre 2010, p. 20238.

<sup>63</sup> CC, n° 2009- 595 DC, 3 Décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Rec., p. 206 – J.O. du 11 décembre 2009, p. 21381

<sup>64</sup> Commentaire au cahiers de la décision , n° 2009- 595 DC, 3 Décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Rec., p. 206 – J.O. du 11 décembre 2009, p. 21381, consultable sur le site du Conseil constitutionnel, [www.conseilConstitutionnel.fr](http://www.conseilConstitutionnel.fr).

<sup>65</sup> CE, 19 Mai 2010, n°330310 - Commune de Buc.

<sup>66</sup>CC, n° 2004-503 DC, 12 Août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales* Rec., p. 144 – J.O. du 17 août 2004, p. 14648.

<sup>67</sup> QPC et Conseil d'Etat : les premiers désamours !, article consultable sur le site [www.vedesi.fr](http://www.vedesi.fr).



C'est la question soulevée par la décision du 26 Mai 2011<sup>68</sup> dans laquelle le Conseil considère « que les requérants n'ayant invoqué aucun grief à l'encontre de ce texte, qu'au demeurant, aucun motif particulier d'inconstitutionnalité ne ressort des travaux parlementaires, qu'il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, d'examiner spécialement ces dispositions d'office »<sup>69</sup>. Dans l'hypothèse où une QPC serait transmise au Conseil portant sur l'une des dispositions contenues dans ladite loi, pourrait-il valablement énoncer qu'il a expressément examiné la disposition législative contestée ? A la lumière du commentaire de la décision, le Conseil répond par la négative : « la déclaration de conformité à la Constitution des dispositions de cette loi, figurant dans le dispositif de la décision du 26 mai 2011, ne pourra donc être opposée à une éventuelle future QPC. Par cette décision, le Conseil ne s'est nullement interdit de soulever d'office toute question de Constitutionnalité qu'il estimerait nécessaire, même en cas de saisine blanche. »<sup>70</sup>. Ce sujet mérite donc d'être traité avec beaucoup d'attention car désormais les décisions prises dans le cadre du contrôle a priori ne doivent plus être envisagées comme indépendantes du contrôle a posteriori. La rédaction des décisions a priori appelle à une grande prudence sachant qu'elles peuvent désormais être à l'origine d'un précédent au sens de la loi organique.

Avec la mise en place de la QPC, le Conseil doit s'engager dans une rédaction plus explicite de ce qu'il retient comme étant un précédent et ce précisément dans les cas où il l'oppose à l'examen d'une QPC<sup>71</sup>. Même si la prudence du juge dans la rédaction de ses décisions a pu être appréciée dans le cadre des délibérations, le contentieux de la QPC ne peut plus se satisfaire de cet excès de retenue dans la motivation des décisions. Malgré l'évolution rédactionnelle des décisions du Conseil, il reste encore quelques précisions à donner pour le Conseil afin que ses décisions soient à la hauteur des espoirs institutionnels et juridictionnels placés dans la réforme de 2008.

Cela aurait au moins deux effets positifs. Une meilleure compréhension d'abord de ce dédale décisionnel dans lequel le Conseil entraîne les commentateurs et les justiciables. Car rappelons-le, la QPC connaît un franc succès dans les prétoires, et celui-ci est en partie dû à l'engouement des justiciables à l'égard de cette nouvelle procédure. Une motivation plus explicite des décisions représenterait un atout certain pour les justiciables qui n'ont pas hésité, dès les premières saisines à s'emparer des précédents du juge afin d'essayer de convaincre les Sages de la rue Montpensier, comme les parlementaires l'avaient d'ailleurs fait dès 1974.

Une meilleure identification des précédents ensuite. Ce serait ici l'occasion pour le Conseil de développer une argumentation plus ordonnée des dispositions ayant déjà été déclarées conformes à la Constitution et de préciser ainsi les critères d'identification d'un précédent, identification centrale au bon développement du contentieux QPC. Ces critères

---

<sup>68</sup> *Op. cit.*, note n°51.

<sup>69</sup> *Op. cit.*, note n°51. Cons. 3.

<sup>70</sup> *Op. cit.*, note n°52.

<sup>71</sup> V. en ce sens, Frédéric ROLIN, « Pour un « discours sur la méthode » du contrôle de constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 2010, p. 2384.

pour le moment protéiformes, ne permettent pas de circonscrire le précédent en droit Constitutionnel et cela est regrettable.

L'enjeu du précédent pour le Conseil repose sur la bienveillance des acteurs engagés dans le processus de mise en œuvre du contrôle a posteriori d'entretenir avec le Conseil le dialogue autour de l'identification du précédent. Mais également à la condition que la « « procésualisation » de l'interprétation normative »<sup>72</sup> du Conseil ne soit pas un frein au dialogue engagé entre ces acteurs.

---

<sup>72</sup> Olivier DESAULNAY, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », in Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2011, p.31.