

« L'incompétence négative » dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension

Patricia RRAPI, ATER en droit public à l'Université de Nanterre, Paris X, Membre de l'ILF-GERJC

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC), mécanisme de progrès indiscutable pour la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis, est un nouveau lieu de travail pour le juge constitutionnel français. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* l'invite, en effet, non seulement à perfectionner son contrôle dans un contexte nouveau, mais à élaborer également de nouvelles techniques jurisprudentielles. La tendance, toute naturelle à ses débuts, a consisté cependant en la simple transposition de la « logique » du contrôle *a priori* au contrôle *a posteriori*. L'exemple le plus marquant est celui de « l'incompétence négative ».

Le juge constitutionnel a ainsi estimé que le grief tiré de « l'incompétence négative » pouvait être invoqué à l'appui d'un recours dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution, dès lors que le législateur n'avait pas épuisé sa compétence en matière d'exercice des droits et libertés fondamentaux, matière que la Constitution lui réserve exclusivement¹.

L'incompétence négative est à l'origine une notion de droit administratif et elle est généralement définie, bien que la notion ait évolué depuis son apparition dans les écrits de LAFERRIERE, comme le fait, pour l'autorité compétente, de n'avoir pas utilisé pleinement les pouvoirs que les textes lui ont attribués². Il s'agit là d'une technique de contrôle que le juge administratif a donc inspirée au juge constitutionnel, ce dernier l'ayant utilisée, dans sa jurisprudence, afin de faire respecter la « réserve de loi » telle qu'instituée par l'article 34 de la Constitution.

Cet article n'est cependant plus la seule source de la compétence législative. D'autres articles du bloc de constitutionnalité sont venus étoffer, par les soins du juge constitutionnel, les matières réservées au législateur. L'incompétence négative est ainsi apparue comme un moyen contentieux susceptible d'être invoqué pour la défense de l'ensemble des compétences de la loi prévues par la Constitution³. Une de ces matières réservées au législateur, et c'est la raison pour laquelle le juge constitutionnel a pu accepter le grief tiré de l'incompétence négative dans le cadre de la QPC, est celle relative à l'exercice des droits et libertés fondamentaux.

¹ C.C., décisions n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 *SNC Kimberly-Clark*, *Journal officiel* du 19 juin 2010, p. 11149 (cons. 3) ; n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, *Société Esso SAF*, *Journal officiel* du 23 septembre 2010, p. 17292 (cons. 4) ; n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010 *M. Mathieu P.*, *Journal officiel* du 7 octobre 2010, p. 18156 (cons. 6) ; n° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010 *Société Zeturf Limited*, *Journal officiel* du 4 décembre 2010, p. 21358 (cons. 8 et 9) ; n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011 *M. Claude G.*, *Journal officiel* du 14 janvier 2011, p. 811 (cons. 6) ; n° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011 *S.A.R.L. du Parc d'activités de Blotzheim et autre*, *Journal officiel* du 29 janvier 2011, p. 1896 (cons. 2 à 5) ; n° 2010-98 QPC du 4 février 2011 *M. Jacques N.*, *Journal officiel* du 5 février 2011, p. 2355 (cons. 3) ; n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011 *M. Michel Z. et autre*, *Journal officiel* du 9 avril 2011, p. 6361 (cons. 3).

² SCMITTER (G.), *L'incompétence négative du Législateur et des autorités administratives*, A.I.J.C., 1989, p. 137.

³ TREMEAU (J.), *La Réserve de loi*, Aix-Marseille, Paris, Economica, PUAM, 1997, p. 266.

La première question qui vient à l'esprit est celle qui porte sur le lien entre « l'incompétence négative » et la *protection* des droits et libertés constitutionnellement garantis. La finalité de la procédure prévue à l'article 61-1 de la Constitution est effectivement celle de la protection des droits constitutionnels. Elle ne concerne donc pas les questions qui relèvent de la compétence du législateur.

Est-ce que le fait pour le législateur d'épuiser sa compétence en matière de droits et libertés signifie cependant en lui-même *protection* de ces mêmes droits et libertés ? Or, il faut avouer que ce lien, ainsi que le démontre le rapporteur public dans l'affaire *Kimberly-Clark*, est, d'un point de vue logique, très difficile à établir⁴. Ce lien étant très mince, une autre question s'impose obligatoirement : si le juge a estimé, à raison, que ce grief tiré de l'incompétence négative du législateur était de nature à *protéger* un droit ou une liberté constitutionnellement garanti, sur quoi porte alors exactement son contrôle ?

Ainsi, en déplaçant l'objet du contrôle – de la question de compétence à celle de la *violation* d'un droit ou liberté constitutionnellement garanti que le Conseil constitutionnel semble faire fusionner pour le moment⁵ –, on arrivera peut-être à comprendre l'intérêt de « l'incompétence négative » dans la QPC, autrement dit, l'évolution que cette technique de contrôle annonce. Quelques éléments de comparaison avec les jurisprudences constitutionnelles américaine et canadienne viendront illustrer la voie que semble emprunter le Conseil constitutionnel français.

I. Incompétence négative et protection des droits et libertés fondamentaux : un lien explicite opaque

Si la Constitution institue une réserve de loi en matière de droits et libertés fondamentaux, ceci n'implique pas nécessairement que la réserve de loi est un moyen de protection de ces mêmes droits et libertés. Une autre finalité anime la réserve de loi qui est celle de l'*indisponibilité* de la compétence législative (A). La structure de l'incompétence négative est entièrement conçue afin de protéger la compétence législative contre le législateur lui-même (B).

A. L'indisponibilité de la compétence législative

L'article 34 de la Constitution en tant qu'il délimite les matières réservées à la loi – innovation révolutionnaire dans l'histoire constitutionnelle française – n'a pas produit la révolution là où il était supposé le faire : la limitation du domaine d'intervention de la loi. Le véritable apport de cet article, qui s'est par la suite traduit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, a consisté en la consécration d'une véritable réserve de loi opposable au législateur.

Au début de la Cinquième République, le Conseil constitutionnel entendait effectivement assurer l'étendue du domaine de la loi fixée par l'article 34 de la Constitution en interdisant au législateur de le déborder et n'hésitait pas à censurer les dispositions législatives

⁴ BOUCHER (J.), « L'incompétence négative du législateur », *Conclusions sur Conseil d'Etat 23 avril 2010, SNC Kimberly-Clark, req. n° 327166, R.F.D.A.*, 2010, p. 705.

⁵ Aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* (n° 30), on précise en effet : « Pour que le Conseil constitutionnel censure une disposition pour incompétence négative, deux conditions doivent donc être réunies. D'une part, le législateur n'a pas pleinement exercé la compétence que lui attribue la Constitution. Il a donc laissé aux autorités administratives ou judiciaires le soin de définir des règles qui, en vertu de la Constitution, relèvent de la loi. D'autre part, un droit ou une liberté que la Constitution garantit est affecté par cette incompétence négative. »

qui empiétaient sur le domaine réglementaire. A partir de 1982, il a abandonné cette jurisprudence, en autorisant le législateur à empiéter sur le domaine réglementaire⁶ ⁷. Mais, il s'est fondé sur ce même article, cette fois-ci, afin d'exiger que la loi fixe toutes les règles relevant de sa compétence sans abandonner une part de celle-ci au pouvoir réglementaire. Ceci a permis au juge constitutionnel français de développer une jurisprudence déjà existante en droit comparé sur « la réserve de loi »⁸.

L'impossibilité de concevoir une réserve de loi – opposable donc au législateur – en droit constitutionnel français résultait, paradoxalement, de la toute puissance de l'acte législatif. La loi étant la source suprême du droit, le législateur pouvait en disposer à sa guise et même s'en défaire en renvoyant au pouvoir réglementaire les matières relevant de sa compétence⁹. C'est ainsi que CARRE de MALBERG a pu soutenir que, sous la Troisième République, il n'existait pas de réserve de loi en droit constitutionnel français. Cette impossibilité résultait, pour lui, de l'absence de matières réservées à la loi dans la Constitution et de l'absence de contrôle de constitutionnalité de la loi, pouvant sanctionner, le cas échéant, la violation par le législateur de sa propre compétence¹⁰. Ces deux conditions étant remplies sous la Cinquième République, la réserve de loi, ainsi que l'explique le professeur TREMEAU, a pu devenir opposable au législateur¹¹.

Le recours à la technique « d'incompétence négative » est apparu comme un moyen contentieux permettant aux requérants et au juge respectivement d'invoquer et de contrôler la violation par le Parlement de sa propre compétence.

Traditionnellement la réserve de loi était confiée à la loi pénale (à travers le principe de légalité des délits et des peines) et à celle fiscale (à travers le droit de propriété et le consentement à l'impôt). Avec le temps, le juge constitutionnel a largement inclus, dans la réserve de loi, l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis comme étant également une matière, dans laquelle l'organe législatif est seul appelé à intervenir, sans pouvoir renvoyer celle-ci aux autorités chargées d'appliquer la loi (juge, administration ou autorités indépendantes). A l'instar de la Cour constitutionnelle allemande, la sphère juridique laissée à l'intervention de l'Etat dans le domaine d'exercice des droits fondamentaux relève de la compétence exclusive du législateur¹².

Dans le système français, longtemps dominé par les libertés publiques (libertés protégées par la loi), cette réserve de loi en matière de droits et libertés a pu également être vue comme une véritable *protection* de ces mêmes droits et libertés. La protection des droits fondamentaux passe ainsi, selon cette vision traditionnelle, inévitablement par la protection au niveau de la loi.

Or, deux logiques différentes animent la réserve de loi et la protection des droits fondamentaux.

⁶ C.C., décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, Rec., 57 (cons. 11).

⁷ Il faut à ce titre mentionner également le caractère illusoire de la finalité institutionnelle ayant procédé à la répartition initiale des compétences, ceci aussi bien quant à l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome – mise en évidence par le Doyen FAVOREU (« Les règlements autonomes n'existent pas », R.F.D.A., 1987, p. 871 et ss.) – que quant à la non pénétrabilité des domaines législatifs et réglementaires. Voir sur ce dernier point, par exemple, DUPRAT (J.-P.) « Répartition des compétences normatives et application de la loi », A.I.J.C., p. 542 et ss.

⁸ TREMEAU (J.), *La réserve de loi*, *op.cit.*

⁹ *Ibidem.* pp. 210 et ss.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.* p. 270.

¹² Cour constitutionnelle fédérale allemande, 21 décembre 1977 (éducation sexuelle), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, p. 360, observations M. FROMONT, cité in PHILIP (L.), *Décision 5 QPC du 18 juin 2010. Article 273-1 du Code général des impôts disposant que des décrets en Conseil d'Etat déterminent les conditions d'application des déductions en matière de TVA*, Commentaire, R.F.D.C., 2010, p. 825.

La réserve de loi a été historiquement conçue afin de permettre à l'organe démocratiquement élu de délibérer sur les matières que le constituant a jugé importantes. Les données historiques et politiques dans la construction de la théorie de réserve de loi sont d'une importance majeure, notamment dans le cas de l'Allemagne où la notion a vu le jour¹³. A la fin du siècle dernier, celle-ci est apparue comme l'élément de partage entre les pouvoirs normatifs de l'Assemblée et de l'Empereur¹⁴.

Dans ce sens, la Cour suprême des Etats-Unis, derrière sa jurisprudence de *non-delegation doctrine*, précise bien que la première fonction de cette jurisprudence est de permettre au Congrès, qui représente « le mieux » le peuple, de délibérer sur les matières les plus importantes¹⁵. Pour cette même raison, le professeur TREMEAU voit dans la notion de réserve de loi, une véritable protection de l'opposition au Parlement¹⁶. La réserve de loi étant opposable au législateur, celui-ci ne peut déléguer sa compétence que dans les conditions prévues par la Constitution. Ceci implique que l'organe législatif devra lui-même légiférer (et débattre publiquement) sur les matières que la Constitution lui réserve.

La *protection* des droits fondamentaux est animée par une tout autre logique. Elle implique, au contraire, que la loi (ou l'intervention du législateur) ne suffit pas pour la protection des droits fondamentaux. Dans ce sens, le rapporteur public dans l'affaire *Kimberly-Clark* précise, afin de justifier le doute sur la possibilité d'invoquer le grief tiré de l'incompétence négative dans le cadre de la QPC, qu'au « principe même de toute justice constitutionnelle se trouve d'ailleurs l'idée selon laquelle l'origine démocratique de la norme législative ne préjuge pas de sa conformité substantielle aux droits et libertés garantis par la Constitution »¹⁷. Il précise que sous cet angle-là, il serait en effet contradictoire de pouvoir invoquer le grief tiré de l'incompétence négative dans le cadre de la QPC.

Ainsi, il est bien établi que réserve de loi en matière de droits fondamentaux et protection de ces mêmes droits ne s'identifient pas. Au contraire, là où le législateur intervient, le contrôle de constitutionnalité s'avère nécessaire pour la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis. Autrement dit, peu importe, pour la *protection* des droits constitutionnels, que le législateur ait épuisé ou non sa compétence, car par le seul fait de son intervention il est susceptible de porter atteinte à ces droits. Et, quand bien même il aurait épuisé sa compétence, la garantie des droits constitutionnels ne serait pas, en soi, assurée car ceci nierait l'intérêt même d'un contrôle de constitutionnalité *au fond* de la loi.

On peut donc valablement soutenir que la réserve de loi – protégée grâce à la technique d'incompétence négative – est liée à l'indisponibilité de la compétence législative et non pas à la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis.

Pour comprendre cependant ce qui a permis au juge d'estimer que le grief tiré de l'incompétence négative pouvait être invoqué dans le cadre de la QPC, il faut s'intéresser à la technique même de l'incompétence négative.

B. La structure de la réserve de loi

Le juge constitutionnel a sanctionné deux formes d'incompétence négative. La première concerne les cas où le législateur renvoie implicitement aux autorités d'application,

¹³ TREMEAU (J.), *La réserve de loi*, p. 22 et ss.

¹⁴ *Ibidem*. p. 211.

¹⁵ *Indus. Union Dep't v. Am. Petroleum Inst.*, 448 U.S. 607 (1980). La Cour suprême américaine précise effectivement que « *the non delegation doctrine ensures to the extent consistent with orderly governmental administration that important choices of social policy are made by Congress, the branch of our Government most responsive to the popular will* ».

¹⁶ TREMEAU (J.), *La réserve de loi*, *op.cit.*

¹⁷ BOUCHER (J.), *op.cit.*, p. 705.

une matière que la Constitution lui réserve. Le Conseil vérifie alors si le législateur a lui-même édicté les règles relevant de sa compétence, censurant la loi comportant des lacunes, alors même qu'elle ne contiendrait aucun renvoi de la charge d'édicter ces règles à une quelconque autorité. Il est ici reproché au Parlement de n'avoir pas posé certaines règles que lui impose l'exercice correct de sa compétence. Dans ce cas le « renvoi » aux autorités chargées d'appliquer la loi serait implicite, car celles-ci, au moment de l'application de la loi, devront établir elles-mêmes les règles que la Constitution réserve au législateur.

La seconde concerne les cas où le législateur renvoie explicitement à une autorité chargée d'appliquer la loi une matière qui relève de sa compétence. Le Conseil vérifie alors le bon encadrement du renvoi au règlement, notamment en recherchant l'existence éventuelle de garanties¹⁸. Il faut préciser que dans ce cas les autorités de renvoi sont dotées d'un pouvoir réglementaire. Le Conseil constitutionnel exige alors que le législateur définisse suffisamment le pouvoir réglementaire d'application.

Ces deux formes d'incompétence négative sanctionnent le manque d'intervention du législateur à deux moments différents et sont donc de degrés différents. Ainsi le professeur TREMEAU précise que « les deux types de censure reposant soit sur la non édicton de certaines dispositions par le législateur, soit sur le défaut d'encadrement du renvoi, procèdent d'une seule et même logique, mais se situent seulement à deux stades différents. L'une intervient parce que la compétence législative n'est pas épuisée, l'autre intervient parce que le pouvoir réglementaire n'est pas assez conditionné par les normes législatives »¹⁹.

Cette analyse est bien évidemment pertinente lorsque l'on s'intéresse à l'étude de l'indisponibilité de la compétence législative. Et l'on constate effectivement que c'est dans cette logique que le Conseil a fait vérifier le bon exercice de sa compétence par le législateur dans le cadre du contrôle *a priori* et que c'est dans ce même esprit qu'il semble sanctionner l'incompétence négative dans le cadre de la QPC. L'incompétence négative implique donc pour le Conseil une obligation, pour le législateur, d'épuiser sa compétence.

Or, si sous l'angle du contrôle de la répartition de compétences (ou plus précisément de l'opposabilité de la compétence législative au législateur), le Conseil vérifie si le Parlement a bien exercé la compétence que la Constitution lui réserve exclusivement, sous l'angle de la protection des droits et libertés fondamentaux, « l'incompétence négative » cherche plutôt à assurer une base légale à l'exercice de ces mêmes droits et libertés. Autrement dit, l'existence d'une base légale vise à établir, en ce qui concerne les droits et libertés fondamentaux, une prédétermination de l'activité des autorités chargées d'appliquer la loi. Alors que dans le cadre du contrôle *a priori* l'incompétence négative s'identifie à l'opposabilité de la compétence législative au législateur, dans le cadre du contrôle *a posteriori* l'incompétence négative s'intéresse plutôt à la marge de manœuvre que le législateur laisse aux autorités chargées d'appliquer la loi. Elle implique pour le législateur de définir *un pouvoir d'application de la loi*, afin que ce dernier ne porte atteinte aux droits et libertés fondamentaux, au-delà donc du fait pour le législateur de ne pas avoir épuisé sa compétence.

Mais l'intervention du juge constitutionnel, lorsqu'on étudie le pouvoir d'application de la loi sous l'angle de la protection des droits et libertés fondamentaux, est inutile. Le professeur PHILIP explique à ce titre que « le fait qu'une matière soit régie par le règlement au lieu de l'être par la loi ne signifie pas pour autant que celui-ci ne porte pas atteinte à des droits constitutionnels. Et, si c'est le cas, le juge administratif pourra annuler la disposition réglementaire contraire à la Constitution si bien que l'intervention du juge constitutionnel ne se justifie pas »²⁰. Ceci, d'autant plus lorsque l'on sait que l'écran législatif avait non seulement

¹⁸ TREMEAU (J.), *Reserve de loi*, *op.cit.*, p. 272.

¹⁹ *Ibidem*. pp. 273.

²⁰ Voir sur ce point PHILIP (L.), *op.cit.*, p 827.

tendance à poser peu d'obstacles devant le juge ordinaire mais qu'il disparaît de toute façon dans les cas où la loi investit le gouvernement de la mission de prendre certaines mesures sans déterminer les principes à mettre en œuvre²¹. Et c'est précisément ce que l'on reproche à la loi dans la jurisprudence relative à l'incompétence négative.

En ce sens, le rapporteur public dans l'affaire *Kimberly-Clark* distingue les cas d'incompétences négatives implicite et explicite. Lorsqu'il est reproché à la loi une délégation de pouvoir excessive au règlement, poursuit-il, « le pouvoir réglementaire, à l'abri de la délégation qui lui a été consentie, est normalement en mesure, sous le contrôle du juge administratif, d'instituer les garanties qui éventuellement feraient défaut au niveau législatif. Et, si violation d'un droit substantiel il doit y avoir, c'est par l'intermédiaire de l'exercice – ou de la carence – de ce pouvoir d'application de la loi qu'elle se concrétisera, et c'est à ce stade qu'il conviendra de la saisir »²². En revanche, lorsqu'il n'existe pas de renvoi explicite, la possibilité d'obliger « le législateur à remettre sur le métier son ouvrage inachevé » est pour le rapporteur public justifiée car « cette incompétence négative du législateur n'est susceptible d'être palliée que par lui-même »²³. Ainsi, dans la décision *Mathieu P.*, le juge semble précisément vouloir sanctionner l'incompétence négative explicite.

Ceci nous amène à dire qu'en réalité ce n'est pas le fait pour le législateur de s'être déchargé de sa compétence (ni explicitement, ni implicitement) qui est sanctionné dans le cadre du contrôle *a posteriori*, car en tout état de cause le juge ordinaire aurait pu sanctionner la violation d'un droit ou une liberté constitutionnellement garanti – à l'exception peut-être des cas où la loi ferait écran. Mais là encore, il est bien établi qu'une loi lacunaire fait le plus souvent tomber l'écran législatif. Ainsi, ce que le juge sanctionne, toujours dans le but de protéger les droits constitutionnels, c'est le laconisme de la loi en tant que tel. L'insuffisance de la loi en elle-même violerait alors un droit ou une liberté fondamentale.

Les faits dans la décision *Mathieu P.* illustrent parfaitement ceci. L'article litigieux du Code des postes et des communications électroniques disposait que « l'attribution d'un nom de domaine est assurée par (les) organismes (compétents) dans l'intérêt général, selon des règles non discriminatoires rendues publiques et qui veillent au respect, par le demandeur, des droits de la propriété intellectuelle » (alinéa 2). Pour le reste l'article 45 dudit code renvoyait à un décret d'application (alinéa 6). Aux *Cahiers*, on explique que « l'article 34 de la Constitution ne peut, désormais, se satisfaire du laconisme de l'article L. 45 du CPCE. Cela méconnaît l'importance que revêt Internet dans la vie économique et sociale et la place déterminante qu'y joue l'attribution des noms de domaine. Il appartient, poursuit-on, au législateur de se saisir de cette question et de fixer certains principes généraux en matière de noms de domaine, pour ne plus laisser à d'autres autorités, voire à la pratique, le soin de définir les conditions dans lesquelles s'exercent la liberté de communication et la liberté d'entreprendre sur internet. A cet égard, le Conseil constitutionnel énumère spécialement, précise-t-on, les règles relatives à l'attribution des noms de domaine, à leur renouvellement, à leur refus ainsi qu'à leur retrait. »²⁴

Un commentateur explique, dans ce sens, que « le législateur s'était montré d'un laconisme frappant, laissant, pour ainsi dire une entière latitude au pouvoir réglementaire et à l'Association française de nommage Internet en coopération (AFNIC) ». Il précise que certes l'article 34 de la Constitution impose seulement au législateur de fixer « les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens » et de déterminer « les principes

²¹ *Ibidem*. Voir également CHAPUS (R.), *Droit administratif*, Tome I, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001, pp. 33-34.

²² BOUCHER (J.), *op.cit.*, p. 706.

²³ *Ibidem*.

²⁴ C.C.C., n° 30.

fondamentaux du régime de propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales », les modalités de leur mise en œuvre relevant du pouvoir règlementaire. Toutefois, en « l'espèce, l'article L.45 du CPCE ne pose que trois garanties s'agissant des règles d'attribution des noms de domaine. Ces règles devaient être « non discriminatoires », publiques et veiller au respect des droits de propriété intellectuelle. Ces garanties s'avèrent donc très générales. Par ailleurs, le législateur n'avait même pas envisagé de garantie encadrant le retrait et le renouvellement des noms de domaine. »²⁵

Ce n'est donc pas tant le fait pour le législateur d'avoir méconnu sa compétence en renvoyant au décret (alinéa 6) qui est sanctionné par le juge constitutionnel mais bien le laconisme de l'alinéa 2 de l'article 45.

Ainsi se dessine grâce à l'idée de la *prédétermination* des activités des autorités chargées d'appliquer la loi, le lien entre l'incompétence négative et la protection des droits et libertés fondamentaux. On dépasse cependant, ici, le problème de compétence (ou de l'opposabilité de la compétence législative au législateur), pour rejoindre celui de la violation d'un droit constitutionnellement garanti. La base légale est nécessaire afin de prédéterminer l'action des autorités chargées d'appliquer la loi. Si cette action n'est pas prédéterminée par la loi, les autorités chargées de l'appliquer pourront, dans la marge de manœuvre qui leur est laissée, porter atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis. La protection des droits s'intègre donc, par la force des choses, dans la logique même de la hiérarchie des normes.

Or, cette idée de prédétermination de l'action des autorités chargées d'appliquer la loi, en tant que reliée à l'incompétence négative, peut avoir deux significations différentes. Ainsi, de deux choses l'une : soit, en exigeant une base légale, le Conseil invite le législateur à protéger les droits et libertés fondamentaux, soit il sanctionne la loi qui *a permis* ou *rendu possible* la violation des droits ou libertés constitutionnellement garantis. C'est sous ce double aspect que peut s'inscrire le lien que le juge opère entre l'incompétence négative et la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis.

II. Incompétence négative et protection des droits fondamentaux : un lien implicite en devenir

Si le juge estime que le grief tiré de l'incompétence négative est de nature à *protéger* un droit ou une liberté constitutionnellement garanti, c'est parce que, sans doute, ce lien existe bien. Le premier qui vient à l'esprit est celui de l'inconstitutionnalité par omission. Il faut avouer cependant que celle-ci se heurte à plusieurs obstacles (A). Le second, que nous pensons plus pertinent, au regard notamment du droit comparé, se trouve dans ce « double visage » de l'incompétence négative auquel fait allusion le rapporteur public dans l'affaire *Kimberly-Clark*²⁶. Si le premier volet de l'incompétence négative est un problème de compétence, le second relève du fond et dépasse, par là-même, le simple problème de compétence (B).

A. L'inconstitutionnalité par omission

On pourrait effectivement penser que l'incompétence négative dans la QPC signifie inconstitutionnalité par omission, ce qui supposerait que le juge constitutionnel appelle le législateur à intervenir pour protéger les droits et libertés constitutionnellement garantis.

²⁵ GILBERT (F.), « Le législateur doit encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués, renouvelés, refusés ou retirés », *Gaz. du Pal.*, 17-18 décembre 2010, p. 37.

²⁶ BOUCHER (J.), *op.cit.*, p. 705-706.

Autrement dit, il sanctionnerait le législateur qui, par son manque d'intervention, n'aurait pas (suffisamment) protégé un droit ou une liberté constitutionnellement garanti. L'absence d'intervention suffisante du législateur serait en soi une méconnaissance des droits fondamentaux. Ainsi, la voie privilégiée pour la protection de ces droits et libertés resterait donc la loi. Ceci serait fidèle, après tout, au légicentrisme français. Le professeur PHILIP explique, dans ce sens, que l'un des cas dans lesquels l'incompétence négative serait susceptible d'être soulevée est celui « d'une absence de loi dans un domaine relevant de la compétence du législateur national et régi par une loi du pays »²⁷.

Si l'on fait le parallèle avec la jurisprudence administrative, on s'aperçoit effectivement que, pour l'auteur qui a le premier employé l'expression « d'incompétence négative », que le juge administratif a ensuite reprise dans sa jurisprudence, celle-ci signifiait une abstention pure et simple de l'autorité compétente dans un domaine où elle aurait dû intervenir et avait la compétence pour le faire. Le juge administratif a ensuite élargi la notion d'incompétence négative aux cas où l'autorité compétente était intervenue mais n'avait pas épuisé sa compétence. Pour cette raison d'ailleurs, en droit administratif, l'incompétence négative est tantôt un moyen de légalité externe (ce qui permet au juge de le soulever d'office) tantôt un moyen de légalité interne (erreur de droit). On peut effectivement comprendre qu'il puisse exister, au cas par cas, une différence entre le fait de ne pas exercer – du tout – la compétence et celui de ne pas avoir épuisé la compétence. Ce dernier aspect de l'incompétence négative, le plus courant finalement, pouvant selon les différents cas, impliquer inévitablement un problème de fond, au-delà, ou à côté, de celui de compétence. Ceci a fait, d'ailleurs, l'objet de critiques, la doctrine invitant le juge administratif à clarifier sa jurisprudence. Certains ont soulevé l'idée que si le juge persiste à voir dans l'incompétence négative un moyen de légalité externe c'est pour une question d'opportunité (il peut dans ce cadre la soulever d'office)²⁸, d'autres ont invité le juge à dépasser la distinction classique (légalité interne/légalité externe) afin de distinguer à l'intérieur de l'incompétence négative différents aspects que la jurisprudence du juge administratif recouvre²⁹.

Si l'on regarde la jurisprudence constitutionnelle, on s'aperçoit cependant que le parallèle avec celle du juge administratif est partiel, car le juge n'a sanctionné, sur le fondement de l'incompétence négative, que les cas où le législateur n'avait pas épuisé sa compétence. Il refuse donc explicitement d'obliger le législateur à intervenir ou encore à adresser, à travers sa jurisprudence, une quelconque injonction au législateur. Les rapports entre la loi et la Constitution demeurent, à ce titre, très différents des rapports entre le règlement et la loi. Là se trouve le premier obstacle qui nous empêche de voir dans l'incompétence négative une inconstitutionnalité par omission. Il serait en effet assez paradoxal de dire que le Conseil se permet de faire implicitement ce qu'il refuse, avec force et persistance, explicitement. Il est vrai qu'indirectement, l'incompétence négative est une invitation pour le législateur d'intervenir, dans le futur, et, par extension, certains auteurs ont pu voir dans l'incompétence négative une inconstitutionnalité par omission³⁰. De même, on ne pourrait voir dans « l'incompétence négative » – reliée pour le Conseil à la protection des droits constitutionnels – qu'une façon pour le juge d'imposer au législateur, de manière positive, la protection de ces mêmes droits. Mais la sanction du juge constitutionnel porte

²⁷ PHILIP (L.), *op.cit.*, p. 828.

²⁸ SCHMITTER (G.), *op.cit.*

²⁹ LE PILLOUER (A.), « L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente », *R.F.D.A.*, 2009, pp. 1203-1214.

³⁰ GALLETTI (F.), « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 2004, pp. 402-405.

toujours sur une base légale existante c'est-à-dire sur les cas où le législateur est déjà intervenu.

Le second obstacle est encore plus visible. La question prioritaire de constitutionnalité porte elle-même sur une loi. Le recours est adressé contre une loi et le législateur est donc de toute façon intervenu. La question prioritaire de constitutionnalité ne peut pas porter sur une omission du législateur (ce qui signifierait que l'on saisit le juge constitutionnel afin de faire soit reconnaître un nouveau droit, soit protéger un droit existant). Or, ceci est contraire à la logique de la QPC qui est un contrôle de constitutionnalité de la loi. Ce qui implique, en soi, que le législateur est intervenu, mais en intervenant, et c'est là l'intérêt de l'incompétence négative, le législateur n'a pas pris le soin de suffisamment protéger *l'exercice* des droits et libertés fondamentaux, laissant ainsi aux autorités d'application une marge d'appréciation contraire au principe de la prédétermination légale. Autrement dit, il n'a pas pris en compte le fait que son intervention est de nature à porter atteinte à un droit ou à une liberté constitutionnellement garanti. Et ceci ressort clairement des décisions du Conseil qui vérifie si le législateur, en *méconnaissant sa compétence*, a affecté un droit ou liberté constitutionnellement garanti.

Ainsi, dans l'affaire *Mathieu P.*, come vu précédemment, le recours portait sur l'article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques, inséré par la loi du 9 juillet 2004, qui, s'agissant des règles déterminant les conditions d'attribution, de gestion et de renouvellement des « noms de domaine »³¹, prévoyait seulement que l'attribution d'un nom de domaine est assurée « dans l'intérêt général, selon les règles non discriminatoires, rendues publiques et qui veillent au respect, par le demandeur, des droits de la propriété intellectuelle ». Avant 2004, une association parapublique – l'Association française pour le nommage Internet en coopération – disposait d'un monopole de fait sur la distribution des noms de domaine. Ceci était devenu particulièrement fâcheux car certains particuliers s'étaient notamment vu refuser un nom de domaine³². Mais en intervenant, en 2004, le législateur n'avait fait qu'officialiser la pratique et avait renvoyé au décret le soin de fixer les mesures nécessaires sans prendre le soin de garantir l'exercice de la liberté d'entreprendre ou bien celle de communication³³.

En bref, l'incompétence négative, dans la QPC, reste un problème *de renvoi* du domaine d'exercice des droits fondamentaux par le législateur au pouvoir d'application de la loi et n'est en aucun cas un problème *d'intervention* du législateur. Autrement dit, le Conseil ne demande pas au législateur d'intervenir afin de protéger les droits et libertés fondamentaux, il exige qu'il *prédétermine*, une fois intervenu, l'action des autorités chargées d'appliquer la loi. Car, une lacune du législateur peut ouvrir la porte à l'arbitraire. Plus précisément, elle est de nature à permettre la violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garanti.

³¹ Dans le système « d'adressage » c'est le nom qui permet d'identifier chaque ordinateur qui se connecte au réseau Internet. Ce nom de domaine est composé d'un domaine proprement dit (par exemple « conseil-constitutionnel ») et d'une extension (par exemple, « .com » ou « .fr »). Voir sur les faits de l'espèce les explications de GILBERT (F.), *op.cit.*, p. 35 et s.

³² Voir sur ce point GILBERT (F.), *op.cit.*,

³³ Le Conseil a estimé que l'article litigieux ne portait pas atteinte au droit de propriété, moyen également invoqué par le requérant. Le juge ne voulait pas, en réalité, se prononcer sur la nature du droit du titulaire du nom de domaine sur celui-ci, ceci faisant l'objet de vifs débats dans la doctrine civiliste. Mais cela n'implique pas que l'article en question était suffisamment protecteur sur ce point là, car le juge l'a de toute façon déclaré contraire à la liberté de communication et à celle d'entreprendre. Voir sur ce point C.C.C., 2010, n° 30 ; GILBERT (F.), *op.cit.*, p. 36.

B. Les applications de la loi contraires à la Constitution

Si l'on veut établir un lien entre la protection des droits et la jurisprudence du Conseil sur l'incompétence négative dans le cadre de la QPC, il faut, à ce moment, inverser le raisonnement. Ceci permettra de voir dans le problème de compétence un souci secondaire par rapport à l'autre objet du contrôle qui est la neutralisation des applications de la loi contraires à la Constitution. En effet, la loi ne serait pas inconstitutionnelle parce que le législateur n'a pas épuisé sa compétence mais bien parce qu'elle a rendu possible ou a permis des applications contraires aux droits et libertés fondamentaux. Autrement dit, ce n'est pas en méconnaissant sa compétence que le législateur a violé un droit ou liberté constitutionnellement garanti mais en omettant de définir un pouvoir d'application de la loi. La loi ne serait donc pas précise et ce manque de précision dans la définition du pouvoir d'application serait susceptible de permettre à ce dernier, tout en ayant l'habilitation du législateur, de violer un droit ou une liberté constitutionnellement garanti. Il est vrai que ce manque de précision de la loi est le plus souvent lié au fait pour le législateur de ne pas avoir épuisé sa compétence, mais ce n'est pas ici que réside, dans le cadre de la QPC, l'inconstitutionnalité de la loi.

Toutefois, le grief de l'imprécision de la loi, ainsi que l'explique le professeur TREMEAU, n'a jamais constitué un grief autonome dans la jurisprudence du Conseil. Il ne permettait, dans le cadre de la loi pénale notamment, que d'apprécier avec l'incompétence négative le bon exercice de sa compétence par le législateur³⁴. On aurait pu penser que le principe de clarté dégagé par le Conseil constitutionnel en 1998 était un début d'autonomie de ce grief, surtout lorsque l'on sait que le fondement de ce principe était l'article 34 de la Constitution³⁵. Mais le Conseil a abandonné le principe³⁶ et on est tenté de dire que dans le cadre du contrôle *a priori*, cette autonomie du grief d'imprécision était inutile car le Conseil ne pouvait que supposer les applications de la loi contraires à la Constitution. Pour cette même raison, à chaque fois que le principe de clarté – que l'on peut donc envisager comme un début d'autonomie du grief par rapport à l'incompétence négative – était invoqué, le juge l'appréciait simultanément avec celui de l'incompétence négative³⁷.

Le rapporteur public dans l'affaire *Kimberly-Clark* semble bien se référer aux applications de la loi contraires à la Constitution lorsqu'il invoque le « double visage » de l'incompétence négative. Il précise en effet que « si le législateur doit, en vertu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, exercer pleinement sa compétence, c'est parce qu'en restant au milieu du gué, il ouvre en réalité la voie à une violation, au stade de l'application de la loi, des droits et libertés garantis par la Constitution. La seconde nature de l'incompétence négative permet selon le rapporteur public de neutraliser les applications de la

³⁴ TREMEAU (J.), *La réserve de loi, op.cit.*, p. 267. Voir à titre d'exemple, C.C., n° 80-127 DC, *Sécurité et liberté*, Rec. p. 15, (cons. 7) ; C.C., n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, *Redressement et liquidation judiciaires*, Rec. p. 32 (cons 11-12) ; C.C., n°2001-455 du 12 janvier 2002, précitée. Voir également en ce qui concerne le juge ordinaire, Cass. crim, 1^{er} février 1990, *Bull. crim.*, n° 56, p. 153 ; Cass. crim., 27 mars 1995, *Bull. crim.*, n° 25, p. 355 et C.E., 27 mai 1987, *Syndicat national de producteurs et sélectionneurs de griffes d'asperge*, Rec., p. 181.

³⁵ C.C., décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi portant loi d'orientation et d'initiation relative à la réduction du temps de travail*, Rec., p. 258 (cons. 7 à 17).

³⁶ Le Conseil a abandonné le principe au profit de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Ce dernier, a jugé le Conseil, ne peut, en revanche, être invoqué dans le cadre de la QPC (C.C., décision n° 2010-4/17 QPC, *M. Alain C. et autres*, *Journal officiel* du 23 juillet 2010, p. 13615 (cons. 9). Voir sur ce point BON (P.), « Premières questions, premières précisions », *R.F.D.A.*, 2010, pp. 683-684.

³⁷ A titre d'exemple C.C. décisions n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec. p. 49 (cons. 9) ; n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, Rec. p. 144 (cons. 36).

loi contraires à la Constitution³⁸. Ce seul argument le conduit à voir, dans le grief, une question « sérieuse », justifiant le renvoi de celle-ci au juge constitutionnel.

Mais, en réalité, les applications de la loi contraires à la Constitution ne sont que la conséquence de l'incompétence négative, et peuvent la dépasser par ailleurs. Elles ne s'identifient donc pas à l'incompétence négative. Ainsi, dans ce sens, l'incompétence négative n'aurait pas de « double visage ». A l'intérieur cependant de l'incompétence négative le juge a développé, dans le cadre du contrôle *a priori* d'abord, une argumentation sur la précision ou la clarté de la loi qui permet d'éviter un pouvoir arbitraire d'application.

Si l'on a pu envisager les deux sous l'appellation de « l'incompétence négative », c'est bien parce que le contrôle *a priori* n'invitait pas à faire la distinction. Le problème de clarté ou de précision de la loi pouvait sans difficulté s'identifier au problème de compétence car le juge ne pouvait que supposer les applications contraires à la Constitution. Et lorsqu'il les supposait, ses propres réserves d'interprétation venaient pallier, le plus souvent, le manque de clarté de la loi³⁹. Cet amalgame pouvait, par ailleurs, conforter l'idée du légicentrisme dans le sens où l'*exercice* des droits fondamentaux par les citoyens pouvait s'identifier à la protection de ces mêmes droits par la loi. Mais il s'agit bien de deux contrôles différents, ou plus précisément d'un contrôle de clarté intégré dans celui de l'incompétence négative. Autrement, il serait difficile de comprendre la raison pour laquelle le juge se permet de contrôler la constitutionnalité externe, explicitement écartée dans les travaux préparatoires sur le QPC. Mais, puisque le contrôle *a priori*, nous l'avons dit, ne lui permettait pas de dégager un grief autonome – par rapport à l'incompétence négative – tiré de l'imprécision de la loi, le juge n'a fait que transposer en bloc et en tant que telle l'incompétence négative. Force est de constater cependant que le contrôle du juge ne porte plus sur la compétence du législateur (car ceci serait non seulement insuffisant pour la protection des droits mais également contraire à la logique de l'article 61-1 qui écarte la constitutionnalité externe⁴⁰) mais bien sur le fait pour la loi d'*avoir permis* des applications contraires aux droits et libertés fondamentaux.

La Cour suprême des Etats-Unis ne dit pas autre chose lorsqu'elle estime qu'une loi est inconstitutionnelle parce qu'elle n'a pas suffisamment prédéterminé l'action des autorités chargées de l'appliquer⁴¹. Elle est inconstitutionnelle, précise la Cour, car, par son manque de clarté, elle a permis des applications contraires aux droits fondamentaux. D'ailleurs, c'est un des rares cas où la Cour estime que la loi est inconstitutionnelle *on its face*⁴² et non pas seulement *as applied* – c'est-à-dire seulement écartée au cas de l'espèce – ce qui rapproche d'autant plus cette jurisprudence de l'effet *erga omnes* des décisions du juge constitutionnel français.

Le grief tiré de l'imprécision de la loi existe également dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Comme pour le juge américain ce grief n'est pas autonome mais se rattache, non pas à la réserve de loi, mais à la protection des droits et libertés

³⁸ BOUCHER (J.), *op.cit.*, p. 705.

³⁹ TREMEAU (J.), *La réserve de loi, op.cit.*, p. 267

⁴⁰ Rapport fait par M. Jean-Luc WARSMANN au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, Ass. nat., 2008, n° 892. Le rapporteur précise qu'il ne saurait être question, dans le cadre de cette nouvelle procédure « de juger d'une loi dans son aspect procédural ou au regard de la compétence de son auteur ».

⁴¹ Pour la Cour suprême des Etats-Unis une loi doit être suffisamment claire afin d'éviter un pouvoir arbitraire d'application. Elle précise dans la décision *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703, 732 « *le statute is vague if it authorizes or even encourages arbitrary and discriminatory enforcement* ». Dans la décision *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S., 104, 108-09, elle explique : « *if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic Policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an ad hoc subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory application* ».

⁴² WEAVER (L.), LIVELY (D.), *Understanding the First Amendment*, LexisNexis/Matthew Bender, 2007, pp. 87-90.

constitutionnellement garantis. Et la fonction assignée à la précision de la loi, pour le juge canadien, est bien celle de la limitation du pouvoir discrétionnaire dans son application⁴³.

Deux cas de figure différents se dégagent également dans la jurisprudence canadienne et qui ne sont pas sans rappeler la distinction que le juge constitutionnel français établit entre les deux formes d'incompétence négative : explicite et implicite.

Dans une série de décisions, le juge canadien applique sa théorie « d'imprécision » aux cas où la loi, par son manque de clarté, ne prédétermine pas l'action des autorités chargées de l'appliquer. Cette marge de manœuvre est susceptible, pour le juge, de restreindre l'exercice des droits garantis par la Charte⁴⁴. Ceci se rapproche de la jurisprudence du Conseil en matière d'incompétence négative implicite.

Ainsi, dans la décision *Société Esso SAF*, le Conseil constitutionnel juge contraire à la Constitution le e du 2° de l'article L. 332-6-1 du code de l'urbanisme qui permettait aux communes d'imposer aux constructeurs, par une prescription incluse dans l'autorisation d'occupation du sol, la cession gratuite d'une partie de leur terrain en attribuant, dit le Conseil, « à la collectivité publique le plus large pouvoir d'appréciation sur l'application de cette disposition » et en ne définissant pas « les usages publics auxquels doivent être affectés les terrains ainsi cédés »⁴⁵. Il est bien évident que c'est ce large pouvoir d'appréciation laissé aux communes qui est sanctionné par le Conseil, en premier lieu, même si ceci implique également, dans le raisonnement du juge constitutionnel français, le fait pour le législateur de ne pas avoir épuisé sa compétence.

Dans une autre série de décisions, le juge canadien invalide une loi qui octroie à l'administration un vaste pouvoir discrétionnaire qui se rapproche, cette fois-ci, du cas de l'incompétence négative explicite. Parmi celles-ci, il est intéressant de mentionner la décision *Ontario Board of Censor*⁴⁶ rendue par la Cour d'appel de l'Ontario, qui traitait de la validité d'une loi octroyant un vaste pouvoir discrétionnaire à une Commission administrative pour censurer les films dans la province. Le degré de latitude illimité octroyé à la commission n'émanait pas pour la Cour d'une « règle de droit ». Autrement dit, il n'existait pas de base légale pour l'exercice (en l'occurrence la restriction) de la liberté d'expression. Ceci n'est pas sans rappeler la situation qui se présentait au juge constitutionnel français dans l'affaire *Mathieu P.*

Afin de justifier l'application de la théorie « d'imprécision » par le juge canadien à ces deux cas de figure différents, un commentateur explique que dans l'affaire *Ontario Board of Censor*, la loi n'était en réalité pas imprécise au sens strict car on ne peut pas dire que la norme prescrite pour les décisions administratives ait été vague : il n'y avait tout simplement pas de normes, l'Administration se voyant clairement conférer carte blanche. Bien que le sens de cette loi ait été clair, poursuit l'auteur, les tribunaux ont cependant assimilé la situation à de l'imprécision étant donné que les problèmes engendrés étaient les mêmes que ceux posés par la jurisprudence de l'imprécision. Dans les deux cas, il n'y avait, en effet, aucun obstacle à ce que le décideur fasse primer des considérations personnelles pour restreindre l'exercice d'une liberté⁴⁷.

Le raisonnement du juge canadien ne diffère de celui du juge constitutionnel français que dans les fondements théoriques. Le premier se fonde sur l'exercice des droits fondamentaux, l'autre sur la *réserve de loi*. On peut valablement soutenir que la jurisprudence

⁴³ Voir sur ce point l'étude de GAY (L.), « Le contrôle des qualités formelles de la loi en droit constitutionnel comparé : France, Espagne et Canada » in *Autour de la qualité des normes*, Bruyant, 2010, pp. 107-112.

⁴⁴ RIBERO (M.), « Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois », *R.J.T.*, 1998, pp. 670 et ss.

⁴⁵ C.C., décision n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, précitée (cons. 4).

⁴⁶ Cour d'appel de l'Ontario, décision *Ontario Film & Video Appréciation Society c. Ontario Board of Censor*, (1984) 5 D.L.R. (4th) 766 (C.A. Ont.) citée in RIBERO (M.), *op.cit.*, pp. 672-673.

⁴⁷ RIBERO (M.), *op.cit.*, p. 673.

du juge constitutionnel français relative à l'incompétence négative, dans le cadre de la QPC, ne s'éloigne pas de celle des cours suprêmes américaine et canadienne.

Le rapporteur public dans l'affaire *Kimberly-Clark* illustre d'ailleurs l'argument du « double visage » de l'incompétence négative par une décision du Conseil constitutionnel du 13 décembre 1985⁴⁸, dans laquelle le juge relève que les interventions sur des propriétés publiques et privées prévues par la loi déferée « pourraient, faute de *précisions suffisantes*, entraîner une atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis qu'il appartient à la loi de sauvegarder »⁴⁹.

Le professeur PHILIP explique clairement, dans ce sens, « que les cas où le Parlement resterait en deçà de sa compétence seront plutôt rares car il a plutôt tendance à trop légiférer que pas assez. En effet, on imagine mal, dit-il, une loi pénale qui définirait une infraction sans énoncer les peines applicables ou une loi fiscale instituant un impôt en omettant d'en déterminer les modalités de recouvrement. Toutefois, la question se pose de savoir si le recours prioritaire de constitutionnalité pourrait être jugé recevable lorsque la loi est trop obscure, ce qui est aussi une forme d'incompétence négative »⁵⁰.

Il faudrait cependant, pour la cohérence de la jurisprudence, que le grief tiré du manque de clarté (ou de précision) de la loi se détache de l'incompétence négative pour rejoindre le grief tiré de la violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garanti. Ceci permettra d'éviter l'amalgame entre *réserve de loi* et *protection de l'exercice* des droits constitutionnellement garantis.

⁴⁸ C.C., décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*, Rec., 78 (cons. 11).

⁴⁹ BOUCHER (J.), *op.cit.*, p. 706. Nous soulignons.

⁵⁰ PHILIP (L.), *op.cit.*, p. 829.