Chronique de jurisprudence constitutionnelle française 2011

**Amandine Cayol, Juliette Lecame, Ellen Lemesle, Ahmed Ouedraogo et
Antoine Siffert**

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/5341>

DOI : 10.4000/crdf.5341

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2012

Pagination : 139-155

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Amandine Cayol, Juliette Lecame, Ellen Lemesle, Ahmed Ouedraogo et Antoine Siffert, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle française 2011 », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 10 | 2012, mis en ligne le 01 décembre 2013, consulté le 14 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/5341> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.5341>

Chronique de jurisprudence constitutionnelle française 2011

Amandine CAYOL

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Caen Basse-Normandie

Juliette LECAME

Doctorante en droit public à l'Université de Caen Basse-Normandie

Ellen LEMESLE, Ahmed OUEDRAOGO et Antoine SIFFERT

Doctorants en droit public à l'Université du Havre

I. Le contrôle formel

A. Les modalités de fonctionnement de la QPC

B. Le contrôle de la procédure législative

II. Le contrôle substantiel

A. Le principe d'égalité devant les charges publiques

B. Une jurisprudence casuistique

C. Un contrôle approfondi

1. À propos des principes du droit pénal

2. En matière de droits individuels

3. À propos de la libre administration des collectivités territoriales

Introduction

En 2011, le contrôle de constitutionnalité des lois a donné lieu à 133 décisions dont 23 rendues *a priori* et 110, *a posteriori*. Sans prétendre à l'exhaustivité, cette chronique tente de rendre compte de l'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'aide d'un plan nécessairement artificiel. Le contrôle formel (I), comprenant les modalités de fonctionnement de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) (A) et du contrôle de la procédure législative (B), précède le contrôle substantiel (II). À cet égard, s'il est à relever la technicité dont use le Conseil pour protéger le principe d'égalité devant les charges publiques (A), c'est principalement la variabilité du degré de contrôle exercé que l'on retient. Selon les domaines dans lesquels il est appelé à se prononcer ou la nature des droits qu'il se doit

de protéger, le Conseil exerce un contrôle que l'on peut qualifier de casuistique (B) ou d'approfondi (C). Ainsi, alors que le statut constitutionnel des étrangers ne semble pas emporter l'ensemble de la vigilance du Conseil, il en va autrement à propos des principes du droit pénal (1), de certains droits individuels (2) et de la libre administration des collectivités territoriales (3).

I. Le contrôle formel

A. Les modalités de fonctionnement de la QPC

L'année 2011 se caractérise par le développement de la QPC. Les décisions du Conseil permettent ainsi d'apporter quelques réponses quant à la mise en œuvre du contrôle

de constitutionnalité *a posteriori*, notamment en ce qui concerne les conditions d'admission de la QPC et les modalités d'abrogation des lois contraires à la Constitution.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 intègre dans l'ordre juridique français la QPC dont les modalités sont précisées dans la loi organique du 10 décembre 2009¹. Désormais, les justiciables peuvent demander l'abrogation d'une disposition législative qui porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Le Conseil d'État et la Cour de cassation transmettent la QPC au Conseil constitutionnel si trois conditions sont réunies : la disposition doit être applicable au litige, ne pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution, et la question doit être nouvelle ou présenter un caractère sérieux.

Avec les décisions rendues en 2001, la doctrine dispose d'un aperçu plus concret de la mise en œuvre de ces conditions. Tout d'abord, en ce qui concerne celles relatives aux dispositions attaquées, il a été confirmé que seules les dispositions législatives, et non pas réglementaires pouvaient faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*². Le Conseil n'a pas retenu l'argumentation des requérants soutenant qu'il aurait dû « contrôler la « portée effective » que l'application de la disposition par le pouvoir réglementaire a conférée à la disposition législative »³. En outre, dès lors qu'il s'agit d'une disposition législative, peu importe qu'elle ne soit plus en vigueur le jour où le Conseil statue (parce qu'elle aurait été modifiée avant ou après la saisine)⁴. De cette façon, le juge cherche à privilégier le requérant qui, malgré la modification postérieure des dispositions, est susceptible de bénéficier dans le règlement de son litige, d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Outre les dispositions législatives, le Conseil a admis que puisse être contestée la portée effective qu'une jurisprudence constante confère à une disposition législative⁵. Il confirme ici sa décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *M^{mes} Isabelle D. et Isabelle B.*, avec une limite toutefois : la jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) ne peut constituer une jurisprudence constante susceptible de donner lieu à la transmission d'une QPC au Conseil constitutionnel si elle n'a pas été soumise par le Conseil d'État⁶. Ainsi, le Conseil semble poser le principe selon lequel la jurisprudence d'une

juridiction ne peut être considérée comme constante que si elle a été confirmée par sa cour suprême. Il est possible d'en déduire que « L'interprétation des juges du fond ne peut constituer une jurisprudence constante »⁷ (à l'exception toutefois du Conseil d'État statuant comme juge du fond).

De plus, la disposition contestée ne doit, en principe, pas avoir déjà été examinée par le Conseil, sauf changement de circonstances⁸. Le Conseil a pu préciser que la disposition ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution à la fois dans les motifs et le dispositif d'une décision antérieure. Ainsi, une simple mention de conformité à la Constitution dans les motifs donne lieu à un réexamen de la disposition en question⁹. L'exception, posée par l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958¹⁰, couvre les changements de circonstances de droit et de fait. Est de nature à constituer un changement de circonstances de droit l'intervention d'une décision du Conseil¹¹. Cependant, le changement de circonstances de droit doit être suffisamment significatif pour entraîner un réexamen. En effet, le Conseil a affirmé que la précision apportée par la décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005, Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, selon laquelle le principe d'individualisation des peines découle de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen (DDHC), ne « constitue pas un changement des circonstances de nature à imposer le réexamen du grief tiré de la méconnaissance de cet article 8 »¹². Peut-être cette précision constituait-elle un changement de circonstances de droit, mais insuffisant pour entraîner un réexamen de la disposition. De plus, bien que le passage du RMI au RSA ait donné lieu à une augmentation des charges pour les départements, le Conseil considère, contrairement au Conseil d'État, que cette évolution défavorable n'entraîne pas un changement de circonstances de fait¹³. Au vu de ces décisions, il semble que le changement de circonstances sera rarement admis comme suffisant pour entraîner un réexamen de la disposition.

La loi organique de 2009 avait également ouvert la possibilité de la transmission d'une QPC au Conseil lorsque la question est nouvelle ou présente un caractère

1. Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF*, n° 0287, 11 décembre 2009, p. 21379.
2. CC, déc. n° 2011-152 QPC du 22 juillet 2011, *M. Claude C.*, cons. 4 ; CC, déc. n° 2011-169 QPC du 30 septembre 2011, *Consorts M. et autres*, cons. 9 ; CC, déc. n° 2011-190 QPC du 21 octobre 2011, *M. Bruno L. et autres*, cons. 8.
3. Sur ce point, voir le commentaire de la déc. n° 2011-190 QPC, disponible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011190QPCccc_190qpc.pdf.
4. CC, déc. n° 2010-104 QPC du 17 mars 2010, *Époux B.* ; CC, déc. n° 2010-105 QPC du 17 mars 2011, *M. Cesar S. et autre* ; CC, déc. n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011, *M. Kiril Z.*
5. CC, déc. n° 2010-96 QPC du 4 février 2011, *M. Jean-Louis de L.*, cons. 4 ; CC, déc. n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011, *Consorts C.*, cons. 5.
6. CC, déc. n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, *M. Ismaël A.*, cons. 9.
7. P. Deumier, « La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des cours suprêmes », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 3, juillet-septembre 2011, p. 495.
8. Voir par exemple CC, déc. n° 2011-117 QPC du 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H.*, cons. 7 ; CC, déc. n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et autres*, cons. 15 ; CC, déc. n° 2011-165 QPC du 16 septembre 2011, *Société HEATHERBRAE LTD*, cons. 3 ; CC, déc. n° 2011-168 QPC du 30 septembre 2011, *M. Samir A.*, cons. 8.
9. CC, déc. n° 2010-104 QPC du 17 mars 2010, *Époux B.*, cons. 4 ; CC, déc. n° 2010-102 QPC du 11 février 2011, *M. Pierre L.*, cons. 5.
10. Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.
11. CC, déc. n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, *M. Adberahmane L.*, cons. 11.
12. CC, déc. n° 2010-104 QPC du 17 mars 2010, *Époux B.*, cons. 4.
13. CC, déc. n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et autres*, cons. 17.

sérieux. Ainsi, indépendamment d'un caractère sérieux, la nouveauté de la question de constitutionnalité s'est présentée comme un « critère alternatif » pour pouvoir saisir le Conseil qui avait précisé que ce critère de nouveauté permettait au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de le saisir¹⁴. Sur ce fondement, la Cour de cassation a transmis une QPC au Conseil relative à l'interdiction du mariage homosexuel, qui selon elle posait une question nouvelle dans la mesure où elle suscitait un large débat dans la société¹⁵. Cette décision semble alors être surprenante. En effet, « On ignorait que le Conseil constitutionnel fût désormais l'arbitre des débats de société... »¹⁶. Cette condition de « question nouvelle » a été encouragée par le juge constitutionnel lui-même dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, dans laquelle il estimait qu'il s'agissait pour le Conseil d'État et la Cour de cassation d'« apprécier l'intérêt de le saisir » (cons. 21). Le juge aurait tout aussi bien pu parler de l'opportunité de le saisir, car c'est bien ce dont il s'agit dans la QPC relative au mariage homosexuel.

Parallèlement à ces conditions relatives à la disposition contestée, l'examen de la QPC est soumis à des conditions relatives à la disposition invoquée. L'article 61-1 de la Constitution impose des restrictions quant au grief d'inconstitutionnalité puisqu'il prévoit :

Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

La notion de droits et libertés que la Constitution garantit a donné lieu à des interrogations de la doctrine sur la nature du grief invocable, interrogations auxquelles le Conseil a pu répondre courant 2011.

D'emblée, il semblait devoir distinguer les « règles constitutionnelles substantielles et les règles constitutionnelles de compétence ou de procédure »¹⁷. Confirmant sa

décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *Kimberly Clark*, le Conseil a affirmé à plusieurs reprises que l'article 34 de la Constitution ne pouvait être invoqué que si sa violation portait atteinte à un droit constitutionnellement garanti¹⁸. Ainsi, le Conseil a pu examiner des dispositions législatives au motif que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence affecterait le droit de propriété¹⁹, la liberté d'entreprendre²⁰, ou encore la liberté syndicale²¹. Ainsi, dans sa décision n° 2011-176 QPC du 7 octobre 2011, *M^{me} Simone S. et autre*, il estime que la disposition contestée est contraire à la Constitution car, en n'instituant pas « les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 de la Déclaration de 1789 [...] le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence ». De même, le Conseil a rappelé dans ses décisions n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires-CGT et autres* et n° 2011-175 QPC du 7 octobre 2011, *Société Travaux industriels maritimes et terrestres et autres* que la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle (OVC) d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne peut être invoquée en elle-même à l'appui d'une QPC.

Certains droits ou libertés pouvaient, de façon évidente, être invoqués dans le cadre d'une QPC. Tel est le cas par exemple de la liberté individuelle (article 66 de la Constitution)²², du droit de propriété²³, du principe d'égalité²⁴, du principe d'indépendance et d'impartialité des juridictions²⁵, de la liberté syndicale²⁶, du droit à un recours effectif²⁷, etc. Des incertitudes pouvaient cependant persister pour le principe de libre administration des collectivités territoriales, qui se présente davantage comme une « garantie institutionnelle que comme un véritable droit ou liberté »²⁸. Le Conseil est resté sur sa position et a confirmé que ce principe est un droit garanti par la Constitution²⁹, notamment dans sa décision n° 2010-107 QPC du 17 mars 2011, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete*, au sein de laquelle la méconnaissance de ce droit est soulevée par un syndicat mixte, qui n'est pas une collectivité territoriale à proprement parler, mais une association de différentes collectivités. Cependant, dans sa

14. CC, déc. n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, cons. 21.

15. Cass., 1^{re} civ., 16 novembre 2010.

16. D. Chemla, « Conseil constitutionnel et mariage gay : service minimum », *Gazette du palais*, n° 97, 7 avril 2011, p. 11.

17. P. Bon, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *Revue française de droit administratif*, n° 6, novembre-décembre 2009, p. 1107.

18. CC, déc. n° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011, *SARL du parc d'activité de Blotzheim et autre*, cons. 3 ; CC, déc. n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires-CGT et autres*, cons. 10 ; CC, déc. n° 2011-171/178 QPC du 29 septembre 2011, *M. Michael C. et autres*, cons. 4 ; CC, déc. n° 2011-176 QPC du 7 octobre 2011, *M^{me} Simone S. et autre*, cons. 3.

19. CC, déc. n° 2011-182 QPC du 14 octobre 2011, *M. Pierre T.*, cons. 3 et 4.

20. CC, déc. n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique*, cons. 3 à 9.

21. CC, déc. n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires-CGT et autres*, cons. 10 à 12.

22. CC, déc. n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011, *M^{me} Oriette P.*, cons. 4 à 6.

23. CC, déc. n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, *M. Jean-Jacques C.*, cons. 3 et 4.

24. CC, déc. n° 2010-93 QPC du 4 février 2011, *Comité Harkis et Vérité*, cons. 9 et 10.

25. CC, déc. n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B.*, cons. 5 à 7.

26. CC, déc. n° 2010-122 QPC du 29 avril 2011, *Syndicat CGT et autre*, cons. 9.

27. CC, déc. n° 2010-90 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jean-Claude C.*, cons. 7 et 8.

28. P. Bon, « La question prioritaire de constitutionnalité... », p. 1107.

29. Voir, par exemple, CC, déc. n° 2010-109 QPC du 25 mars 2011, *Département des Côtes d'Armor* ; CC, déc. n° 2011-143 QPC du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault*.

décision n° 2011-130 QPC, *M^{me} Cécile L. et autres*, le Conseil a clairement affirmé que l'article 75-1 de la Constitution, inséré au sein du titre XII « Des collectivités territoriales », et qui prévoit que les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France « n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit ». De plus, la même question se posait pour le principe de la séparation des pouvoirs, fréquemment combiné avec le droit à un recours effectif : peut-il être invoqué en lui-même comme un droit garanti par la Constitution ? Le juge constitutionnel semble y apporter une réponse positive dans sa décision n° 2010-100 QPC du 11 février 2011, *M. Alban Salim B.* en affirmant que « le législateur a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif »³⁰. L'utilisation de la conjonction « et » semble montrer que ces griefs d'inconstitutionnalité sont distincts l'un de l'autre³¹. Enfin, le Conseil a affirmé que les articles 1 à 4 de la Charte de l'environnement pouvaient être invoqués dans le cadre de la QPC, bien que les articles 1 et 2 soient formulés en « termes généraux »³². Le procédé a été étendu sans surprise à l'article 7 de la Charte relatif au droit d'information et de participation à l'élaboration des décisions ayant un impact sur l'environnement³³.

Dans le cadre de la QPC, le Conseil est amené à effectuer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, et donc à se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une disposition législative déjà entrée en vigueur. À défaut de précision de sa part, la décision est immédiatement applicable et la déclaration de non-conformité à la Constitution bénéficie à l'auteur de la QPC au sein du litige qui a donné lieu à saisine du Conseil. Le Conseil a pu mentionner expressément que la décision est applicable aux instances en cours, comme par exemple dans les décisions n° 2010-97 QPC du 4 février 2011, *Société LAVAL DISTRIBUTION* (cons. 5), n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *M^{me} Térésa C.* (cons. 7), n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011, *Département des Landes* (cons. 6), ou encore dans la décision n° 2011-161 QPC du 9 septembre 2011, *M^{me} Catherine F.* (cons. 7). Parfois, le Conseil a donné davantage de précisions sur les effets de la déclaration de non-conformité à la Constitution. En effet, dans sa décision n° 2011-160 QPC du 9 septembre 2011, *M. Hovanes A.*, il a estimé que la non-communication des réquisitions du ministère public aux parties non assistées d'un avocat était contraire au principe d'égalité et aux droits de la défense. Toutefois, en toute logique, il précise que cette déclaration d'inconstitutionnalité n'est invocable dans les instances en cours que par les parties non représentées par un avocat³⁴. De plus, si la déclaration d'inconstitutionnalité n'a d'effet

en principe que sur les affaires non jugées définitivement, il peut également en aller autrement. Ainsi, dans sa décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, *M. Claude N.*, le Conseil a considéré que la qualification de crime incestueux, sans précision sur la nature du lien familial pouvant donner lieu à une telle qualification est contraire au principe de légalité des délits et des peines. Il ajoute que la déclaration d'inconstitutionnalité est immédiatement applicable aux instances en cours, mais qu'elle a également des effets sur les affaires jugées définitivement : « lorsque l'affaire a été définitivement jugée à cette date, la mention de cette qualification ne peut plus figurer au casier judiciaire » (cons. 6).

L'article 62 de la Constitution donne en outre la possibilité au Conseil de moduler dans le temps les effets de ses décisions en prévoyant la possibilité pour celui-ci de fixer l'abrogation de la disposition contestée à une date ultérieure à sa décision. Durant l'année, le Conseil a fait un usage de plus en plus large de cette faculté. Plusieurs raisons peuvent conduire le juge constitutionnel à différer la date d'abrogation d'une disposition contraire à la Constitution. La plus évidente est que cette abrogation conduit à un vide juridique que le législateur doit combler. Le Conseil considère alors que les conséquences d'une abrogation immédiate seraient manifestement excessives. C'est le cas dans les décisions n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, *M. Abdellatif B.* (cons. 16), n° 2011-182 QPC du 14 octobre 2011, *M. Pierre T.* (cons. 9) et n° 2011-203 du 2 décembre 2011, *M. Wathik M.* De plus, le juge constitutionnel peut être conduit à retarder les effets de ses décisions lorsque l'abrogation immédiate de la disposition inconstitutionnelle est encore plus préjudiciable aux droits des justiciables que son maintien. Il en va ainsi dans la décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *M^{me} Marie-Christine D.* dans laquelle le Conseil affirme que l'abrogation immédiate de l'article L. 43 du Code des pensions civiles et militaires de retraite aurait pour effet « de supprimer les droits reconnus aux orphelins par cet article » (cons. 6). De même, l'abrogation immédiate de l'article 618-1 du Code de procédure pénale, contraire à la Constitution, aurait pour effet « de supprimer les droits reconnus à la partie civile par cet article »³⁵, et l'abrogation de l'article 800-2 du même Code aurait pour conséquence « de supprimer les droits reconnus à la personne poursuivie qui a fait l'objet d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement »³⁶. Dans une seule de ses décisions avec effet différé, le Conseil a demandé un sursis à statuer au bénéfice du justiciable auteur de la saisine (décision n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011, *M. Claude G.*). Dans les

30. CC, déc. n° 2010-100 QPC du 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, cons. 5.

31. Voir A. Roblot-Troizier, G. Tusseau, « Chronique de jurisprudence – Droit administratif et droit constitutionnel », *Revue française de droit administratif*, n° 3, mai-juin 2011, p. 611.

32. CC, déc. n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre*, cons. 5.

33. CC, déc. n° 2011-182 QPC du 14 octobre 2011, *M. Pierre T.*, cons. 2 et 8 ; CC, déc. n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, *Association France Nature Environnement*, cons. 6.

34. CC, déc. n° 2011-160 QPC du 9 septembre 2011, *M. Hovanes A.*, cons. 6.

35. CC, déc. n° 2011-112 QPC du 1^{er} avril 2011, *M^{me} Marielle D.*, cons. 9.

36. CC, déc. n° 2011-190 QPC du 21 octobre 2011, *M. Bruno L. et autre*, cons. 12.

autres affaires, celui-ci devra se contenter de la satisfaction d'avoir contribué à l'édifice de l'État de droit respectueux de ses normes constitutionnelles.

Le but de ces déclarations de non-conformité avec effet différé est de laisser au législateur le temps de tirer les conséquences de la décision. Car, comme le rappelle le juge constitutionnel, il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation et de décision équivalent à celui du Parlement. À nouveau, le Conseil confirme qu'il « a droit à la gomme, pas au crayon »³⁷. Peut-être est-il possible d'ajouter qu'avec la QPC, le Conseil dispose également d'un chronomètre, imposant au Parlement un temps pour écrire la loi.

B. Le contrôle de la procédure législative

La lecture des décisions du Conseil constitutionnel laisse entrevoir quelques contorsions sémantiques, notamment s'agissant de la qualification des objectifs à valeur constitutionnelle. Ainsi, l'impératif de « bonne administration de la justice », qualifié d'« OVC » dans la décision n° 2011-168 QPC³⁸, apparaît comme une « exigence » au considérant 66 de la décision n° 2011-631 DC³⁹, pour être cité sans qualification aucune dans les QPC n° 2011-153 et 2011-162⁴⁰. Si la mouvance des formulations et l'absence de recours systématique à la référence d'OVC ne remettent pas pour autant en cause la consécration juridique du principe, elles interrogent. Plus important, elles peuvent parfois faire croire à une avancée dans la jurisprudence constitutionnelle avec la reconnaissance d'un nouvel OVC : celui de « sécurité juridique », fondé sur l'article 16 de la DDHC. Ainsi, dans sa décision n° 2011-186/187/188/189 QPC du 21 octobre 2011, *M^{lle} Fazia C. et autres*, le Conseil évoque « l'objectif d'intérêt général de stabilité des situations juridiques »⁴¹ pour justifier l'exclusion des personnes nées hors mariage et majeures au jour de l'entrée en vigueur de l'article L. 331-25 du Code civil, du bénéfice dudit article relatif à l'octroi de la nationalité française par la seule mention sur l'acte de naissance du lien de filiation entre l'enfant et sa mère de nationalité française. De même, les juges de Montpensier valident l'article L. 600-1-1 du Code de l'urbanisme qui réserve le droit d'agir contre une décision relative à l'occupation ou à l'utilisation des sols aux seules associations qui ont déposé leurs statuts à la préfecture avant l'affichage en mairie de la décision litigieuse. Selon eux, l'action du législateur est justifiée par la volonté de « limiter le risque

d'insécurité juridique »⁴², risque constitué par la multiplication de recours contentieux liés à la constitution *ad hoc* d'associations. Dès lors, malgré l'absence de qualification expresse, n'est-il pas possible de supposer l'existence d'un OVC de « sécurité juridique », puisque ce principe dicte la conduite du législateur et permet la conciliation avec des droits et libertés constitutionnellement garantis ?

En dehors de ce point toujours en suspens, le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur la régularité de la procédure législative se révèle classique, mais efficace. Pour preuve, la décision n° 2011-632 DC dans laquelle le Conseil invalide pour violation de l'alinéa 2 *in fine* de l'article 39 de la Constitution la Loi fixant le nombre des conseillers territoriaux de chaque département et de chaque région⁴³. Ce projet de loi aurait dû être examiné en premier lieu par le Sénat, et non par l'Assemblée nationale, car touchant à l'organisation des collectivités territoriales. Mais c'est principalement autour de l'incompétence du législateur et de l'atteinte au principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire que le contrôle s'articule.

Les premiers considérants de la décision Loi Immigration relatifs à la procédure d'adoption éclairent sur l'intensité du contrôle opéré sur ledit principe. Alors que les auteurs de la saisine dénonçaient la fixation, en première lecture à l'Assemblée nationale, d'un temps législatif déterminé d'une durée insuffisante compte tenu des très nombreux amendements déposés sur le projet de loi – 572 à cet instant de la procédure –, le Conseil estime que les 30 heures prévues initialement n'étaient pas « manifestement disproportionnée[s] au regard des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire »⁴⁴. Il rappelle ensuite sur le fondement de l'article 45 de la Constitution le principe de « l'entonnoir » relatif au dépôt des amendements législatifs, pour admettre la validité d'un amendement visant à assurer la constitutionnalité des dispositions législatives, « nonobstant le rejet d'une motion de rejet préalable fondée notamment sur l'inconstitutionnalité du projet de loi »⁴⁵. En revanche, les Sages limitent leur compétence en refusant de contrôler l'opportunité du dépôt et/ou du retrait d'un amendement. « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de contrôler les motifs pour lesquels l'auteur d'un amendement décide de le retirer »⁴⁶ ; le contrôle doit seulement porter sur l'éventuelle présence d'un cavalier nuisible à l'exigence de clarté et de sincérité du débat.

37. R. Badinter, « Du côté du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 2, mars-avril 2002, p. 207.

38. CC, déc. n° 2011-168 QPC du 30 septembre 2011, *M. Samir A.*, cons. 4 ; voir également, CC, déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (ci-après « déc. Loi Immigration »), cons. 26, 27 et 72.

39. CC, déc. Loi Immigration, cons. 66.

40. CC, déc. n° 2011-153 QPC du 13 juillet 2011, *M. Samir A.*, cons. 5 ; CC, déc. n° 2011-162 QPC du 16 septembre 2011, *Société LOCAWATT*, cons. 5 ; voir également, CC, Loi Immigration, cons. 93.

41. CC, déc. n° 2011-186/187/188/189 QPC du 21 octobre 2011, *M^{lle} Fazia C. et autres*, cons. 6.

42. CC, déc. n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011, *Association Vivraviry*, cons. 6. Cette décision s'inscrit dans la droite ligne de la décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, cons. 4.

43. CC, déc. n° 2011-632 DC du 23 juin 2011, Loi fixant le nombre des conseillers territoriaux de chaque département et de chaque région, cons. 4.

44. CC, déc. Loi Immigration, cons. 6.

45. *Ibid.*, cons. 9.

46. CC, déc. n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011, Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, cons. 6.

La sanction des cavaliers budgétaires et sociaux est particulièrement prégnante s'agissant des lois de finances, dont le domaine est précisément posé et délimité par la loi organique du 1^{er} août 2001⁴⁷. Aussi le Conseil invalide-t-il toute disposition ne visant « ni les ressources, ni les charges, ni la trésorerie, ni les emprunts, ni la dette, ni les garanties ou la comptabilité de l'État »⁴⁸. De même, dans sa décision n° 2011-642 DC, il censure plusieurs dispositions relatives à la mise en place de dispositifs sanitaires préventifs comme n'ayant « pas d'effet ou [...] un effet trop indirect sur les dépenses [...] [pour trouver] leur place dans une loi de financement de la sécurité sociale »⁴⁹. Mais l'innovation majeure en la matière réside très certainement dans la première censure de cavaliers au sein d'une loi organique. Au considérant 22 de la décision Loi organique sur la Polynésie française, le Conseil déclare contraire à la Constitution les dispositions relatives à la Nouvelle-Calédonie, en jugeant que le seul statut de collectivité d'outre-mer ne permet pas un lien suffisant pour viser la Nouvelle-Calédonie dans un projet de loi destiné à régler les institutions de la Polynésie française⁵⁰.

Enfin, le Conseil veille au respect par le législateur de sa compétence, impératif issu de l'article 34 de la Constitution et parfois accolé – et ce, sans règle précise⁵¹ – à l'OVC d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi découlant des articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC. Si le moyen n'est pas nouveau et aboutit traditionnellement à des déclarations d'inconstitutionnalité⁵² ou à des déclassements⁵³, il faut néanmoins relever la décision LFSS pour 2012 et la censure partielle de l'article 41 de la loi relatif « aux pouvoirs de contrôle de la Cour des comptes en matière de cotisations et de contributions sociales ». La disposition rendait la Cour compétente à l'égard notamment « [d]es organes juridictionnels mentionnés dans la Constitution », et par suite, à l'égard du Conseil lui-même. Ce dernier retouque

le législateur pour méconnaissance de l'étendue de son action, au motif que « le Conseil constitutionnel figure au nombre des pouvoirs publics constitutionnels »⁵⁴ et doit par conséquent bénéficier d'une autonomie financière afin que soit garantie la séparation des pouvoirs⁵⁵.

II. Le contrôle substantiel

A. Le principe d'égalité devant les charges publiques

L'article 13 de la DDHC dispose que « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses de l'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». Intégré au « bloc de constitutionnalité » depuis 1973⁵⁶, cet article permet au Conseil constitutionnel de porter une attention particulière au respect du principe d'égalité devant l'impôt. Afin d'établir des règles équitables, le législateur doit tenir compte des capacités contributives des redevables. Pour cela, il doit « fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels ; [...] cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »⁵⁷. Dans la plupart des décisions où ce grief est invoqué, le Conseil considère que ces deux conditions sont indépendantes et cumulatives puisqu'il vérifie, d'une part, que le législateur a fondé son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les facultés contributives des contribuables et, d'autre part, que cette appréciation n'entraîne pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques. Il se penche tant sur la rationalité du dispositif que sur ses effets⁵⁸.

47. Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, *JORF*, n° 177, 2 août 2001, p. 12480.

48. CC, déc. n° 2011-644 DC du 28 décembre 2011, Loi de finances pour 2012, cons. 18 à 24 ; CC, déc. n° 2011-638 DC du 28 juillet 2011, Loi de finances rectificative 2011, cons. 32 et 33. Dans les considérants 34 et 35 de cette même décision, le Conseil rappelle que seule une loi organique peut fixer le contenu des lois de finances (sur ce point, nous renvoyons à notre « Chronique de jurisprudence constitutionnelle française – 2010 », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 9, 2011, p. 146-147), et en fait une exacte application aux considérants 19 et 20 de sa décision n° 2011-637 DC du 28 juillet 2011, Loi organique relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française (ci-après « déc. Loi organique sur la Polynésie française »).

49. CC, déc. n° 2011-642 DC du 15 décembre 2011, Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2012 (ci-après « déc. LFSS pour 2012 »), cons. 10 et 11.

50. CC, déc. Loi organique sur la Polynésie française. Sur ce point, voir le commentaire de ladite décision disponible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011637DCccc_637dc.pdf, p. 14.

51. Voir en ce sens CC, déc. Loi Immigration, cons. 13 qui tresse un lien entre les deux principes, lien absent de la décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, cons. 47. De même dans les décisions n° 2011-645 DC du 28 décembre 2011, Loi de finances rectificative pour 2011, cons. 7 et n° 2011-635 DC du 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, cons. 20.

52. Voir par exemple, CC, déc. n° 2011-639 DC du 28 juillet 2011, Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap, cons. 10 ; CC, déc. n° 2011-644 DC du 28 décembre 2011, Loi de finances pour 2012, cons. 16.

53. CC, déc. n° 2011-628 DC du 12 avril 2011, Loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs, cons. 23 ; CC, déc. Loi organique sur la Polynésie française, cons. 23.

54. CC, déc. LFSS pour 2012, cons. 7.

55. Sur ce point, voir CC, déc. n° 2011-448 DC du 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, cons. 25 et CC, déc. n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, cons. 46 et 47.

56. CC, déc. n° 73-51 DC du 21 décembre 1973, cons. 2.

57. CC, déc. n° 2011-148/154 QPC du 22 juillet 2011, *M. Bruno L. et autres*, cons. 19.

58. CC, déc. n° 2010-99 QPC du 11 février 2011, *M^{me} Laurence N.*, cons. 5 ; CC, déc. n° 2011-148/154 QPC du 22 juillet 2011, *M. Bruno L. et autres*, cons. 23 ; CC, déc. n° 2011-158 QPC du 5 août 2011, *SIVOM de la Communauté du Bruayis*, cons. 4.

Or, dans la décision n° 2011-165 QPC⁵⁹, le Conseil ne prend pas la peine de vérifier si le dispositif concerné n'entraîne pas de rupture caractérisée devant les charges publiques. Il se contente, pour écarter le grief de la méconnaissance de l'article 13, de s'assurer que la différence de traitement instituée par le législateur est en rapport direct avec l'objet de la loi et que celui-ci s'est fondé sur des critères objectifs et rationnels. Il semble alors préjuger de l'absence de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques au regard de la rationalité du dispositif institué.

En revanche, alors qu'il considère que la différence de traitement entre les entreprises, selon qu'elles ont conclu ou non une convention avec une commune, « ne repose pas sur des critères objectifs et rationnels définis en fonction des buts que le législateur s'est assignés »⁶⁰, il tient à ajouter que cette différence est constitutive d'une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques. De même, pour invalider une disposition du Code des impôts permettant d'évaluer une base d'imposition, le Conseil relève que le législateur a retenu « un critère ni objectif ni rationnel » et précise que celui-ci fait peser « le cas échéant »⁶¹ sur certains contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives. Inversement, mais selon le même raisonnement, le Conseil relève que le critère choisi est objectif et rationnel et que, « par suite »⁶², les dispositions contestées ne créent pas de ruptures caractérisées devant les charges publiques. Il semble alors imputer l'absence de rupture caractérisée à l'objectivité du critère retenu.

Dès lors, il semble que le juge constitutionnel procède de deux manières différentes pour garantir le respect de l'article 13 : soit il vérifie tant la rationalité de la méthode retenue pour instituer un dispositif fiscal que les effets de celui-ci, soit il ne juge ou préjuge de ceux-ci qu'en fonction de celle-là. Dans ce second cas, le Conseil décide soit d'explicitier le lien de causalité entre l'objectivité du critère retenu et la rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques, soit de s'en abstenir. Ce qui donne au moins trois façons différentes de protéger le même principe au regard du même article.

B. Une jurisprudence casuistique

Certaines décisions laissent « un goût d'inachevé »⁶³ et rendent compte d'une certaine incohérence dans le raisonnement suivi. Ainsi, dans la décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, *M^{me} Ekaterina B., épouse D. et autres*, le

Conseil sanctionne logiquement différentes dispositions relatives aux lieux classifiés au titre du secret de la défense nationale, dont l'accès ne pouvait être autorisé que par une autorité administrative, sans que soit prévu un recours juridictionnel permettant à un magistrat de contrôler les décisions de refus d'accès. En « soustra[yant] une zone géographique définie aux pouvoirs d'investigation de l'autorité judiciaire [et en] subordonn[ant] l'exercice de ces pouvoirs d'investigation à une décision administrative »⁶⁴, le législateur a violé l'article 16 de la DDHC. Néanmoins, l'effectivité apparente du contrôle de constitutionnalité est immédiatement contrebalancée, puisque le Conseil ne va pas jusqu'au bout de sa logique. Les dispositions litigieuses prévoyaient les procédures applicables non seulement pour les lieux, mais aussi pour les informations classifiées « secret défense ». Or, si les premières sont jugées non conformes à la Constitution, il est fort surprenant que les secondes soient validées et restent en vigueur, alors que les deux sont strictement identiques et emportent les mêmes conséquences.

De même, la décision n° 2011-113/115 QPC du 1^{er} avril 2011, *M. Xavier P. et autre* ne satisfait pas entièrement du point de vue de la rigueur juridique. S'agissant de la conformité de l'absence de motivation des verdicts d'assises, le Conseil commence par évoquer sa jurisprudence habituelle relative au principe d'égalité qui permet de régler différemment des situations objectivement différentes. Ainsi, les jugements d'assises peuvent différer de ceux des autres juridictions pénales, en raison de la nature plus grave des infractions concernées⁶⁵. Cependant, puisque les crimes sont sanctionnés plus lourdement que les délits et contraventions, il paraîtrait davantage logique que soit ici renforcée « l'obligation de motiver les jugements et arrêts de condamnation [qui] constitue une garantie légale de [l'] exigence constitutionnelle »⁶⁶ de lutte contre l'arbitraire, exigence fondée sur les articles 7, 8 et 9 de la DDHC. Le Conseil en décide toutefois autrement, en arguant

[...] que, si la Constitution ne confère à cette obligation un caractère général et absolu, l'absence de motivation en la forme ne peut trouver de justification qu'à la condition que soient instituées par la loi des garanties propres à exclure l'arbitraire⁶⁷.

Il existerait une interchangeabilité des garanties, et la motivation des verdicts criminels ne serait qu'une possibilité parmi d'autres. Cependant, les garanties évoquées par le Conseil ne sont pas totalement convaincantes. Celui-ci rappelle que le procès doit respecter le principe du débat

59. CC, déc. n° 2011-165 QPC du 16 septembre 2011, *Société HEATHERBRAE LTD*, cons. 5.

60. CC, déc. n° 2010-97 QPC du 4 février 2011, *Société LAVAL DISTRIBUTION*, cons. 4.

61. CC, déc. n° 2010-88 QPC du 21 janvier 2011, *M^{me} Daniel B.*, cons. 7.

62. CC, déc. n° 2011-180 QPC du 13 octobre 2011, *M. Jean-Luc O. et autres*, cons. 7.

63. R. Letteron, « QPC Secret défense : un goût d'inachevé », in *Libertés, Libertés chéries*, 11 novembre 2011, disponible sur : <http://libertescherries.blogspot.com/2011/11/qpc-secret-defense-un-gout-dinacheve.html>.

64. CC, déc. n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, *M^{me} Ekaterina B., épouse D., et autres*, cons. 37.

65. CC, déc. n° 2011-113/115 QPC du 1^{er} avril 2011, *M. Xavier P. et autre*, cons. 8 et 9.

66. *Ibid.*, cons. 11.

67. *Ibid.*

contradictoire – principe d'ailleurs rattaché aux droits de la défense, et non à la lutte contre l'arbitraire⁶⁸ –, et que la Cour et le jury doivent répondre par « oui » et « non » à une liste de « questions claires, précises et individualisées » à la suite de ce débat. Si ce second point semble déjà plus en accord avec la jurisprudence européenne⁶⁹, il reste que ces éléments ne permettent pas pour autant à l'intéressé désireux de faire appel de sa condamnation, de savoir quel argument développé au cours de l'audience a emporté l'adhésion des magistrats et jurés.

Les carences du contrôle se font également nettement ressentir dans les décisions relatives au statut constitutionnel et aux droits des étrangers. La décision n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, *M. Zeljko S.* valide l'article L. 262-4 du Code de l'action sociale et des familles qui impose aux étrangers voulant bénéficier du RSA de pouvoir se prévaloir depuis au moins cinq ans d'un titre de séjour les autorisant à travailler. Cette disposition ne serait « pas manifestement inappropriée au but poursuivi », car la prestation en cause « a pour principal objet d'inciter à l'exercice ou à la reprise d'une activité professionnelle » et « la stabilité de la présence sur le territoire national serait une des conditions essentielles à l'insertion professionnelle »⁷⁰. Ce faisant, en occultant les autres buts du RSA que sont la lutte contre la pauvreté et l'accès à des conditions dignes d'existence, le Conseil sème un doute quant à la conformité réelle de la disposition au principe d'égalité et aux exigences issues du onzième alinéa du Préambule de 1946. Ce doute est d'ailleurs renforcé par diverses conclusions du Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe qui voit dans la condition de durée de résidence préalable pour bénéficier de prestations sociales une violation de la Charte sociale européenne⁷¹.

Certes, les Sages n'ont pas à contrôler la loi au regard des textes supranationaux. Néanmoins, le risque de condamnation – notamment par la Cour de Strasbourg – étant connu, l'on pourrait espérer un examen plus approfondi afin de limiter d'éventuels contentieux. La décision Loi Immigration finit de nous convaincre que le contrôle, sommaire, exercé par le Conseil ne permet pas une protection adéquate

des droits et libertés des étrangers. À titre d'exemple⁷², l'article 33 de ladite loi qui prévoit une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende pour les « mariages gris » (*sic*) est jugé conforme à la Constitution. Selon le Conseil, cette disposition n'est pas contraire au principe d'égalité, car « le législateur s'est borné à rappeler qu'est réprimé le fait pour l'étranger d'avoir dissimulé à son conjoint de bonne foi sa volonté de ne contracter un mariage que dans le but d'obtenir un titre de séjour [...] »⁷³. Il est pourtant possible de voir ici une différence de traitement instituée entre Français et migrants – puisque seuls destinataires de la mesure –, différence qui, sans justification objective ou raison d'intérêt général suffisante, s'analyse en une discrimination dans l'exercice du droit au respect de la vie privée prohibée par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme. À l'exception de la censure pour contrariété à la liberté individuelle et à l'article 66 de la Constitution de la disposition prévoyant l'éventuelle prolongation jusqu'à dix-huit mois de la rétention administrative des étrangers condamnés et expulsés pour terrorisme⁷⁴, le Conseil délivre en réalité une sorte de blanc-seing au législateur, au détriment de la défense des droits garantis.

La différence de pouvoir d'appréciation existant entre le Conseil et le législateur ne saurait justifier « l'indigence de la motivation »⁷⁵ des décisions rendues. Si l'on s'intéresse à la décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *M^{me} Corinne C. et autre*, on peut difficilement critiquer la rue de Montpensier d'être restée dans son office de juge de la constitutionnalité et de ne pas avoir supplanté les parlementaires en reconnaissant aux couples homosexuels le droit de se marier. En revanche, le Conseil aurait dû effectivement interroger, au regard du principe d'égalité issu de l'article 6 de la DDHC, la conformité des articles 75 et 144 du Code civil relatifs notamment à l'altérité sexuelle des époux comme condition du mariage. Or, il se retranche derrière l'article 34 de la Constitution et se contente d'affirmer que « le législateur a [...] estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la

68. CC, déc. n° 2011-113/115 QPC du 1^{er} avril 2011, *M. Xavier P. et autre*, cons. 12. Depuis la décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, Loi de finances pour 1985, cons. 35, le principe du contradictoire est expressément lié au respect des droits de la défense résultant de l'article 16 de la DDHC.

69. *Ibid.*, cons. 13 à 15. Sur ce point, voir O. Bachelet, « Motivation des verdicts d'assises : paradoxe et divination », *Gazette du palais*, n° 95, 5 avril 2011, p. 19 sq. ; J.-B. Perrier, « D'une motivation à l'autre », *Rec.*, n° 17, mai 2011, p. 1156 sq.

70. CC, déc. n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, *M. Zeljko S.*, cons. 5.

71. Sur ce point, voir A. Toullier, « RSA : la condition de cinq ans de résidence conforme à la Constitution », *Dictionnaire permanent du droit des étrangers*, bulletin n° 202, juillet 2011, p. 7-8.

72. Concernant les nombreux griefs d'inconstitutionnalité apparents de la Loi Immigration, nous renvoyons aux travaux de la Clinique juridique des droits fondamentaux, dont une partie est publiée dans les *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 9, 2011, p. 85-90, ainsi qu'à l'article de S. Slama, « Statut constitutionnel des étrangers : nouvelle illustration de la faiblesse de la protection constitutionnelle des étrangers », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 13 juin 2011.

73. CC, déc. Loi Immigration, cons. 40. À noter que la loi antérieure ne prévoyait la pénalisation expresse que des « mariages blancs » et des paternités dites « de complaisance ».

74. *Ibid.*, cons. 76. Le Conseil émet également deux réserves d'interprétation, l'une concernant la présentation de l'étranger privé de sa liberté « à un magistrat du siège après l'expiration d'un délai de sept jours à compter de sa garde à vue » (cons. 73), l'autre relative aux possibilités d'interruption d'une mesure de prolongation du maintien en rétention (cons. 75).

75. F. Rome, « L'outrage aux folles... », *Rec.*, n° 5, février 2011, p. 297.

famille »⁷⁶. Le mariage est une union hétérosexuelle parce que le législateur, souverain, l'a décidé. La loi est ainsi conforme à la Constitution. CQFD. On en regretterait presque le rappel de la visée procréative du mariage qui, bien qu'idéologiquement et intellectuellement discutable, aurait eu le mérite de montrer un certain effort de contrôle du Conseil.

Cette motivation, au mieux lacunaire, sinon inexistante, est d'autant plus marquante que, toujours à propos des différents régimes juridiques applicables au mariage, PACS et concubinage, le Conseil va exactement remplir son office en livrant une solution argumentée dans sa décision n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011, *M^{me} Laurence L.* L'article L. 39 du Code des pensions civiles et militaires de retraite prévoit au profit du conjoint survivant une pension de réversion qui « a pour objet de compenser la perte de revenus [...] subi[e] du fait du décès de [l']époux fonctionnaire civil »⁷⁷. L'exclusion de l'ensemble des couples non mariés du bénéfice de cette pension est justifiée par la différence des obligations existant entre les membres de ces différentes unions. Alors que les époux sont légalement tenus à des obligations financières pendant et au-delà de la durée de leur union, aucune obligation réciproque n'est imposée dans le cadre du concubinage, et le PACS ne confère « aucune compensation pour perte de revenus en cas de cessation [...] au profit de l'un des partenaires, ni aucune vocation successorale au survivant en cas de décès »⁷⁸. En justifiant de la sorte la conformité de l'article L. 39 précité à la Constitution, le Conseil démontre ainsi que l'économie de contrôle dont il fait parfois preuve n'est pas liée à une quelconque incapacité de sa part, mais à la volonté de ne pas s'engager sur des terrains sensibles, ce qui n'en reste pas moins problématique.

C. Un contrôle approfondi

1. À propos des principes du droit pénal

Dans le contentieux des validations législatives, qui dépasse le seul cadre pénal, le Conseil veille au respect du droit à un recours effectif. Aussi sanctionne-t-il dans sa décision n° 2010-100 QPC, *M. Alban Salim B.*, la loi du 11 décembre 1996 qui valide le contrat de concession du Stade de France conclu en 1995 entre l'État et la société Consortium au motif « qu'en s'abstenant d'indiquer le motif précis d'illégalité

dont il entendait purger l'acte contesté, le législateur a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »⁷⁹. Le Conseil rappelle qu'il est possible de modifier rétroactivement un acte, à condition que soient respectés « tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions » et que « la portée de la modification ou de la validation [soit] strictement définie »⁸⁰. Il faut donc que le législateur limite la validation législative et prévoit des garanties permettant le respect des droits et libertés, en excluant toute rétroactivité et création de sanctions pénales et / ou fiscales⁸¹.

À la lumière des droits et libertés garantis par la Constitution, le Conseil affine, en 2011, la protection des principes directeurs du droit pénal. Sur le fondement des articles 8, 9 et 16 de la DDHC, les juges réaffirment l'importance du principe de légalité des délits et des peines (b) et des garanties relatives au déroulement du procès pénal (c), notamment concernant la justice pénale des mineurs (d), et viennent délimiter plus précisément le domaine des sanctions ayant le caractère d'une punition (a).

a. La délimitation du domaine des sanctions ayant le caractère d'une punition

Si les décisions relatives au principe de l'individualisation des peines garanti par l'article 8 de la DDHC ne permettent pas de donner une définition des sanctions susceptibles de bénéficier de la protection du juge constitutionnel, l'analyse de la jurisprudence du Conseil invite à dégager ce qui ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition.

Lorsque le Conseil reconnaît la qualité de sanction financière – sans l'expliquer pour autant – à la majoration de 40 % de l'impôt après mise en demeure du contribuable, il s'assure que celle-ci est bien liée à la nature de l'infraction et que le juge peut moduler son application. Ces garanties minimums permettent au juge constitutionnel de constater que les pénalités sont proportionnées aux agissements commis par le contribuable et que, dès lors, le grief de méconnaissance de l'article 8 de la DDHC doit être écarté⁸². Le juge procède exactement de la même façon pour examiner la majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi⁸³, même si dans la plupart des décisions rendues en 2011 il ne retient pas la qualité de sanction ayant le caractère d'une punition.

76. CC, déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *M^{me} Corinne C. et autre*, cons. 9. Sur ce point, voir A. Mirkovic, « Le mariage, c'est un homme et une femme », *La semaine juridique*, éd. G, n° 6, 7 février 2011, p. 250-251. C'est avec la même célérité que le Conseil avait validé l'article 365 du Code civil qui dispose que l'adoption simple de l'enfant du conjoint ne permet le partage de l'autorité parentale que dans le cadre d'un couple marié, ce qui revient *in fine* à empêcher cette adoption au sein des couples pacsés ou en concubinage (voir CC, déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *M^{mes} Isabelle D. et Isabelle B.*, cons. 8 et 9).

77. CC, déc. n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011, *M^{me} Laurence L.*, cons. 4.

78. *Ibid.*, cons. 6.

79. CC, déc. n° 2010-100 QPC du 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, cons. 5.

80. *Ibid.*, cons. 4.

81. Sur ce point, voir CC, déc. n° 2011-166 QPC du 23 septembre 2011, *M. Yannick N.*, cons. 4 et 5.

82. CC, déc. n° 2011-105/106 QPC du 17 mars 2011, *M. César S. et autre*, cons. 7.

83. CC, déc. n° 2011-103 QPC du 17 mars 2011, *Société SERAS II*, cons. 6.

Le Conseil refuse tout d'abord d'assimiler à une sanction répressive ce qui ne correspond qu'à l'indemnisation d'un préjudice causé. Aussi l'indemnité forfaitaire versée par l'employeur au salarié licencié dont le travail a été dissimulé, ayant pour objet « d'assurer une réparation minimale du préjudice subi par le salarié du fait de la dissimulation du travail »⁸⁴, ne peut-elle être regardée comme une sanction ayant le caractère d'une punition. De même, la majoration de 10 % versée au Trésor public en cas de retard de paiement des impositions a pour objet « la compensation du préjudice subi par l'État du fait du paiement tardif »⁸⁵ et ne revêt donc pas le caractère d'une punition.

Ensuite, le Conseil considère que la responsabilité solidaire des dirigeants d'une société, dans la mesure où elle constitue une garantie pour le recouvrement de la créance due au Trésor public et qu'une action récursoire contre le débiteur principal est possible, n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition⁸⁶. Une solidarité n'a donc aucune dimension répressive pour le Conseil constitutionnel.

Enfin, le Conseil n'accepte pas de considérer comme une sanction ayant le caractère d'une punition ce qui apparaît comme la seule conséquence de l'absence d'une condition requise pour pouvoir bénéficier d'un droit. Dès lors, le licenciement auquel doit procéder l'employeur d'un assistant maternel dont l'agrément à exercer la profession a été retiré, dans la mesure où il n'est « qu'une conséquence directe du retrait d'agrément »⁸⁷, ne peut être regardé comme une sanction ayant le caractère d'une punition. Il en est également ainsi de l'interdiction d'exploiter un débit de boissons opposée aux auteurs de certains crimes et délits puisque l'absence de condamnation aux crimes et délits concernés est « une condition exigée pour l'exploitation de débit de boissons »⁸⁸, et de la déchéance de plein droit des fonctions d'un juge au tribunal de commerce lorsqu'il apparaît que celui-ci a été « condamné pour des agissements contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs »⁸⁹. De même, l'exonération d'une taxe forfaitaire de 3 % sur les immeubles détenus par les personnes morales est conditionnée par l'établissement du siège de ces personnes morales en France ou dans un pays ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative pour lutter contre la fraude fiscale ; il semble de bon sens et

conforme à l'objectif du législateur que l'assujettissement à cette taxe ne soit pas considéré par le Conseil comme une sanction ayant le caractère d'une punition⁹⁰. C'est enfin exactement le même raisonnement qu'il faut tenir s'agissant du non-remboursement des frais de campagnes électorales aux candidats qui, soit n'ont pas respecté les règles de financement de la campagne électorale, soit ont obtenu moins de 5 % des suffrages exprimés au premier tour du scrutin : le remboursement partiel des frais de campagne est un droit auxquels les candidats qui ont respecté ces deux conditions peuvent prétendre ; si l'une de ces deux conditions n'est pas remplie, le remboursement n'est pas dû mais ce non-remboursement ne peut être considéré comme une sanction ayant le caractère d'une punition⁹¹.

b. Le principe de légalité des délits et des peines

Dès lors que les articles 8 et 9 de la DDHC trouvent à s'appliquer, le Conseil use de sa jurisprudence constante pour permettre le respect effectif des droits en découlant. Ainsi, dans sa décision n° 2011-163 QPC, *M. Claude N.*, alors qu'il est amené à examiner l'incrimination des rapports incestueux pratiqués sur des mineurs, le Conseil censure l'article 222-31-1 du Code pénal pour défaut de précision⁹². L'article précité qualifie d'incestueux les viols et agressions sexuelles pratiqués par « un membre de la famille » sur un mineur. Cependant, en omettant de définir cette notion de « membre de la famille », le législateur contrevient au principe de légalité des délits et des peines qui lui impose « de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »⁹³. Cette solution se retrouve également dans la décision n° 2011-625 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, pour sanctionner l'imprécision et l'équivoque des termes utilisés à propos du régime d'autorisation prévu pour la direction d'une entreprise d'intelligence économique⁹⁴. De même, les juges de Montpensier assurent l'effectivité du principe de présomption d'innocence et censurent la disposition législative qui « permet de punir le représentant légal à raison d'une infraction commise par le mineur », puisque cela « a pour effet d'instituer, à l'encontre [de ce] représentant, une présomption irréfragable de culpabilité »⁹⁵.

84. CC, déc. n° 2011-111 QPC du 25 mars 2011, *M^{me} Selamet B.*, cons. 4.

85. CC, déc. n° 2011-124 QPC du 29 avril 2011, *M^{me} Catherine B.*, cons. 3.

86. CC, déc. n° 2011-90 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jean Claude C.*, cons. 6.

87. CC, déc. n° 2011-119 QPC du 1^{er} avril 2011, *M^{me} Denise R. et autre*, cons. 3.

88. CC, déc. n° 2011-132 QPC du 20 mai 2011, *M. Ion C.*, cons. 6.

89. CC, déc. n° 2011-113 QPC du 1^{er} avril 2011, *M. Didier P.*, cons. 5.

90. CC, déc. n° 2011-165 QPC du 16 septembre 2011, *Société HEATHERBRAE LTD*, cons. 5.

91. CC, déc. n° 2011-117 QPC du 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H.*, cons. 10.

92. CC, déc. n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, *M. Claude N.*, cons. 4.

93. Cette jurisprudence classique est issue de la déc. n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, cons. 7.

94. CC, déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, cons. 74 à 76.

95. *Ibid.*, cons. 39. Voir également CC, déc. n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011, *M. Antoine J.*, cons. 6 et 7. Dans cette décision, le Conseil neutralise par une réserve d'interprétation le régime de responsabilité prévu pour les créateurs et/ou animateurs d'un site de communication en ligne. Au regard du principe de présomption d'innocence, il n'est pas possible d'engager la responsabilité pénale de ces individus « à raison du seul contenu d'un message dont il[s] n'avai[ent] pas connaissance avant la mise en ligne ».

Le contrôle opéré sur ces différents éléments apparaît renforcé, notamment par comparaison au contrôle relatif au principe de nécessité et d'individualisation des peines, pour lequel le Conseil ne sanctionne que les atteintes manifestement disproportionnées⁹⁶.

c. Les garanties entourant le déroulement du procès pénal

Outre la présomption d'innocence issue de l'article 9 de la DDHC, le Conseil observe attentivement les dispositions touchant aux droits de la défense, découlant de l'article 16 de ladite Déclaration. Dans sa décision du 18 novembre 2011, *M^{me} Élise A. et autres*, il revient sur le droit à l'assistance effective d'un avocat pendant la garde à vue. Consacré par la réforme de la garde à vue, intervenue après une série de condamnations relatives à son déroulement par la Cour européenne des Droits de l'homme (CEDH)⁹⁷, ce droit avait déjà fait l'objet d'une décision attendue du Conseil en 2010⁹⁸. En s'attachant à relever les mesures permettant la concrétisation de ce droit, les Sages poursuivent en 2011 le même effort jurisprudentiel. Ainsi, afin de valider les articles 63-1 alinéa 2 et 63-4-2 du Code de procédure pénale, ils constatent

[...] que la personne gardée à vue peut s'entretenir avec son avocat pendant trente minutes, qu'elle peut demander que l'avocat assiste à ses auditions et confrontations et que [sa] première audition [...] ne peut avoir lieu moins de deux heures après que l'avocat a été avisé, [ce qui constitue] des garanties de nature à assurer que la personne gardée à vue bénéficie de l'assistance effective d'un avocat⁹⁹.

Le Conseil veille également au respect du droit à un procès équitable qui fait partie intégrante des droits de la défense. Dans sa décision n° 2011-190 QPC, *M. Bruno L. et autre*, il devait se prononcer sur la constitutionnalité des frais irrépétibles devant les juridictions pénales. Si l'article 800-2 du Code de procédure pénale permet à une personne poursuivie mais non condamnée d'obtenir une indemnité au titre des frais exposés pour sa défense, il empêche « l'ensemble des parties appelées au procès pénal, qui pour un autre motif, n'ont fait l'objet d'aucune condamnation »¹⁰⁰, de faire une telle demande. Dès lors, l'équilibre entre les parties au procès est rompu, ce qui constitue une violation des articles 6 et 16 de la DDHC.

L'on retrouve rigoureusement le même raisonnement dans la décision n° 2011-112 QPC, *M^{me} Marielle D.*¹⁰¹, dans laquelle est censurée la disposition qui autorise la partie civile à obtenir le remboursement des frais de justice si la personne poursuivie est condamnée devant la Cour de cassation, sans prévoir cette hypothèse au profit des personnes relaxées ou acquittées.

De façon plus globale, l'équité du procès est nécessairement liée à l'impartialité et à l'indépendance des juridictions. Le Conseil ne déroge d'ailleurs pas à cette obligation, puisque, dans le cadre de la QPC, un requérant peut demander la récusation de certains des juges constitutionnels ayant participé activement à l'élaboration de la disposition litigieuse contestée¹⁰². En rappelant que « les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles »¹⁰³, la rue de Montpensier censure la composition des commissions départementales d'aide sociale, en raison de l'absence de garanties adéquates permettant l'indépendance des fonctionnaires intéressés et du risque de partialité, puisque l'article L. 134-6 du Code de l'action sociale et des familles autorise certains membres de l'assemblée délibérante des départements dans ces commissions, même lorsque ces départements sont partie à l'instance¹⁰⁴.

En revanche, la solution du Conseil semble de prime abord moins tranchée concernant la conformité entre ces principes constitutionnels et la loi organique du 29 mars 2011 qui institue le Défenseur des droits comme « autorité constitutionnelle indépendante »¹⁰⁵. Selon l'article 71-1 alinéa 1^{er} de la Constitution, cette autorité

[...] veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences.

Dans sa décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, le Conseil valide la nomination du président de l'autorité de défense des droits par le président de la République avec une déconcertante simplicité et sans y voir une entrave à son indépendance¹⁰⁶. Néanmoins, le juge constitutionnel émet immédiatement certaines réserves d'interprétation venant encadrer les pouvoirs et privilèges de l'autorité. Celles-ci portent tout d'abord sur l'immunité pénale du Défenseur des droits qui ne saurait s'appliquer qu'aux

96. *Ibid.*, cons. 43. Voir également CC, déc. n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, cons. 7.

97. Voir, par exemple, CEDH, *Brusco c. France*, 14 octobre 2010, requête n° 1466/07, § 44 à 55.

98. Voir CC, déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*.

99. CC, déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, *M^{me} Élise A. et autres*, cons. 30.

100. CC, déc. n° 2011-190 QPC du 21 octobre 2011, *M. Bruno L. et autre*, cons. 10.

101. CC, déc. n° 2011-112 QPC du 1^{er} avril 2011, *M^{me} Marielle D.*, cons. 6 et 7.

102. Sur ce point, voir le commentaire de la déc. n° 2011-143 QPC du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault*, disponible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011143QPCccc_143_144qpc.pdf, p. 2-3.

103. CC, déc. n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B.*, cons. 3.

104. *Ibid.*, cons. 5 et 6.

105. Sur ce point, voir S. Detraz, « Le rôle du Défenseur des droits en matière pénale : un nouveau "tout en un" procédural », *Droit pénal*, n° 6, juin 2011, p. 7-12, ainsi que la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, art. 2.

106. CC, déc. n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, Loi organique relative au Défenseur des droits, cons. 3 et 7.

opinions et actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions¹⁰⁷. Elles concernent ensuite la nécessaire concertation du Défenseur des droits par le Premier ministre pour la nomination et le départ de ses adjoints¹⁰⁸ et l'impossibilité pour le Défenseur des droits de connaître de la responsabilité disciplinaire des magistrats¹⁰⁹. Ces réserves devraient en principe être un gage suffisant d'indépendance de cette nouvelle autorité.

Enfin, le Conseil veille à une conciliation équilibrée entre la participation des citoyens au procès pénal et le respect des garanties entourant le déroulement du procès, notamment celles relatives à l'impartialité et à la capacité des jurés pour rendre un verdict juste et raisonnable. La volonté du Gouvernement d'impliquer davantage les citoyens au fonctionnement de la justice pénale s'est concrétisée par l'adoption de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011¹¹⁰. Celle-ci a été contrôlée par le Conseil et a fait l'objet d'une décision en date du 4 août 2011. Concernant la participation de citoyens assesseurs à la justice pénale, le Conseil commence par affirmer que l'article 6 de la DDHC

[...] impose que la nature des questions de droit ou de fait sur lesquelles les citoyens assesseurs sont appelés à statuer, ainsi que les procédures selon lesquelles ils statuent, soient définies de manière à ce qu'ils soient mis à même de se prononcer de façon éclairée sur les matières soumises à leur appréciation¹¹¹.

Par suite, les alinéas 4 et 5 de l'article 399-2 du Code de procédure pénale doivent être déclarés contraires à la Constitution, puisqu'ils permettent à des citoyens tirés au sort de juger des affaires pénales et des délits qui « sont d'une nature telle que leur examen nécessite des compétences juridiques spéciales »¹¹². En matière d'application des peines, les Sages valident les dispositions de la loi; le fait que les citoyens assesseurs puissent participer à l'aménagement de certaines peines ne contrevient pas en soi à l'article 6 de la Déclaration de 1789. En revanche, ils formulent une réserve d'interprétation neutralisante à propos du concours de ces citoyens à « l'appréciation

des conditions de recevabilité des demandes ou l'examen des incidents de procédure », en raison de « la complexité juridique du régime de l'application des peines » dans ces domaines¹¹³.

d. La justice pénale des mineurs

L'exigence de capacité des juges et notamment des assesseurs non professionnels se retrouve logiquement concernant la composition du tribunal pour enfants. Ainsi, dans sa décision n° 2011-147 QPC, *M. Tarek J.*, le Conseil s'assure de l'indépendance et des compétences de ces assesseurs, avant de valider l'article L. 251-1 du Code de l'organisation judiciaire¹¹⁴. De même, il s'interroge sur l'impartialité de cette juridiction, notamment sur celle du président du tribunal. Selon le Conseil, si le juge des enfants peut instruire la procédure et prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation sans heurter l'esprit de l'article 16 de la DDHC, il ne peut pas en même temps « accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité [et renvoyer le cas échéant] le mineur devant le tribunal pour enfants » et « présider cette juridiction habilitée à prononcer des peines »¹¹⁵, ce cumul des fonctions n'offrant aucune garantie contre le risque de partialité. Le Conseil tire les conséquences de cette solution dans sa décision n° 2011-635 DC et censure également le deuxième alinéa de l'article 24-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 qui dispose que le tribunal correctionnel des mineurs est présidé par un juge des enfants¹¹⁶. Selon les modalités de fonctionnement de la QPC abordées précédemment, le report de l'abrogation de la disposition au 1^{er} janvier 2013 a pour but de permettre au législateur de pallier cette insuffisance de la loi, tout en favorisant le respect du principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFLR) en matière de justice pénale des mineurs¹¹⁷.

L'ensemble des décisions relatives à la justice pénale des mineurs est en effet l'occasion pour le Conseil constitutionnel de rappeler le principe fondamental reconnu par les lois de la République concernant :

107. CC, déc. n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, Loi organique relative au Défenseur des droits, cons. 6. L'immunité pénale dont bénéficie le Défenseur des droits « ne saurait [l']exonérer [...] des sanctions encourues en cas de méconnaissance des règles prévues par les articles 20 et 29 de la loi organique, sur les secrets protégés par la loi, et par son article 22, sur la protection des lieux privés; [...] sous ces réserves, les dispositions de l'article 2 sont conformes à la Constitution ».

108. *Ibid.*, cons. 11: « Considérant qu'en vertu du deuxième alinéa du paragraphe I de l'article 11, le Premier ministre nomme les adjoints du Défenseur des droits sur proposition de ce dernier; que ces dispositions assurent l'indépendance du Défenseur des droits; que cette indépendance implique que le Premier ministre mette fin aux fonctions des adjoints sur la proposition du Défenseur des droits; que, sous cette réserve, l'article 11 est conforme à la Constitution ».

109. *Ibid.*, cons. 16: « [...] les dispositions de l'article 29 ne sauraient autoriser le Défenseur des droits à donner suite aux réclamations des justiciables portant sur le comportement d'un magistrat dans l'exercice de ses fonctions; [...] elles ont pour seul effet de lui permettre d'aviser le ministre de la justice de faits découverts à l'occasion de l'accomplissement de ses missions et susceptibles de conduire à la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat ».

110. Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, *JORF*, n° 0185, 11 août 2011, p. 13744.

111. CC, déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, cons. 12.

112. *Ibid.*, cons. 14.

113. *Ibid.*, cons. 16.

114. CC, déc. n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, *M. Tarek J.*, cons. 6 et 7.

115. *Ibid.*, cons. 11.

116. CC, déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, cons. 53.

117. *Ibid.* L'abrogation immédiate de la disposition aurait en effet entraîné des « conséquences manifestement excessives », ce qui aurait nui au respect et à l'effectivité des droits garantis.

[...] l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées¹¹⁸.

Principe cardinal en la matière, le Conseil y apporte une attention particulière. C'est ainsi qu'il invalide les dispositions permettant, comme alternative au contrôle judiciaire, l'assignation à résidence avec surveillance des mineurs de 13 à 16 ans, car révélant une rigueur contraire au PFRLR précité¹¹⁹. De même, les dispositions prévoyant de convoquer ou de faire comparaître directement un mineur sans instruction préparatoire – c'est-à-dire selon des modalités de procédure pénale prévues pour les majeurs – sont invalidées par le Conseil. Selon lui, elles ne permettent pas de juger le mineur selon des procédures promptes au relèvement éducatif et moral, notamment parce « qu'elles ne garantissent pas que le tribunal disposera d'informations récentes sur la personnalité du mineur »¹²⁰.

2. En matière de droits individuels

Lors d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel est saisi dans le cadre d'un litige. Il n'est donc guère surprenant que la majorité des décisions rendues concernent les droits individuels. Le développement de la procédure de QPC a conduit le Conseil constitutionnel à préciser à de nombreuses reprises les conditions de protection de droits et libertés à caractère personnel, essentiellement le droit de propriété (a) et la liberté individuelle (b).

a. La protection constitutionnelle du droit de propriété

Afin de déterminer si la protection constitutionnelle du droit de propriété peut valablement être invoquée, le Conseil constitutionnel a, tout d'abord, été amené à préciser la notion de « bien » au sens de la DDHC. Seuls les « biens » sont en effet protégés par les règles relatives au droit de propriété. La décision n° 2011-141 QPC du 24 juin 2011, *Société Électricité de France*, est ainsi l'occasion de rappeler qu'une autorisation administrative ne constitue pas un bien, objet d'un droit de propriété. La protection issue des articles 2

et 17 de la DDHC n'a donc pas vocation à s'appliquer¹²¹. La solution n'est pas nouvelle; le Conseil l'ayant déjà affirmée concernant les autorisations d'exploiter des services de transports publics réguliers de personnes accordées à des fins d'intérêt général par l'autorité administrative à des entreprises de transport¹²². Elle résulte logiquement du caractère précaire et librement révocable de l'autorisation. Est, par contre, plus inattendu, le choix du Conseil constitutionnel de ne pas qualifier de privation de propriété la suppression du monopole des avoués, lors de son contrôle *a priori* de la loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel¹²³. Une telle solution résulte, implicitement, du refus du Conseil de qualifier ledit monopole de « bien », objet de propriété. Même si, là encore, sa décision s'inscrit dans la lignée jurisprudentielle antérieure¹²⁴, une évolution semblait envisageable, du fait de la définition extensive de la notion de bien retenue par la CEDH. Celle-ci considère en effet qu'à « l'instar des biens corporels, certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi être considérés comme des droits de propriété et donc comme des biens », et que

[...] la notion de « biens » ne se limite pas non plus aux « biens actuels » et peut également recouvrir des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une « espérance légitime » et raisonnable d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété¹²⁵.

En présence d'un bien objet de propriété, le Conseil constitutionnel commence par reprendre la distinction, traditionnelle dans le contrôle *a priori* des lois, entre d'une part les privations de propriété et, d'autre part, les simples limites à l'exercice du droit de propriété. L'étude des décisions rendues en 2011 en matière de QPC révèle cependant une conception très restrictive de la notion de privation de propriété. Ainsi, dans la décision n° 2011-172 QPC du 23 septembre 2011, *Époux L. et autres*, il affirme que les dommages causés à la propriété privée par l'exécution de travaux publics ne constituent pas une privation de propriété. Le caractère temporaire de l'occupation du terrain fonde sans doute la décision, comme en matière de réquisition de logements vacants dans la décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions. Toutefois, la solution est ici discutable concernant le droit d'extraction reconnu

118. *Ibid.*, cons. 33. Voir déjà sur ce point CC, déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, cons. 26.

119. CC, déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, cons. 38.

120. CC, déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, cons. 34. Sur ce point, voir également la censure prononcée aux cons. 51 et 52 de la déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

121. CC, déc. n° 2011-141 QPC du 24 juin 2011, *Société Électricité de France*, cons. 4: « Considérant que les autorisations délivrées par l'État, au titre de la police des eaux, sur le fondement de l'article L. 214-3 du Code de l'environnement ne sauraient être assimilées à des biens objets pour leurs titulaires d'un droit de propriété et, comme tels, garantis par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ».

122. CC, déc. n° 82-150 DC du 30 décembre 1982, Loi d'orientation des transports intérieurs, cons. 3.

123. CC, déc. n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011, Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, cons. 16.

124. CC, déc. n° 2000-440 DC du 10 janvier 2001, Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports. Le Conseil constitutionnel avait alors considéré que la suppression du privilège professionnel dont jouissaient les courtiers interprètes et conducteurs de navires « ne constitue pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (cons. 5).

125. CEDH, *Oneryildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004, requête n° 48939/99, § 124.

à l'administration. Prendre les matériaux situés dans le sous-sol du terrain devrait sans conteste relever de la privation de propriété!

De même, le plan d'alignement de la voirie peut conduire à des transferts de propriété si l'élargissement porte sur un terrain nu. Dans sa décision 2011-201 QPC, *Consorts D.* le Conseil constitutionnel ne qualifie pourtant pas ce transfert de privation de propriété, sans doute en raison de son caractère limité. Le Conseil d'État veille en effet en ce domaine à ce que le mécanisme soit réservé à des modifications mineures du tracé de la voie publique (une procédure d'expropriation étant nécessaire à défaut¹²⁶). Pour autant la qualification retenue révèle là encore une conception particulièrement restrictive de la privation de propriété: même s'il est de faible ampleur, le transfert prévu fait perdre au propriétaire tout droit sur la portion de terrain concernée...

La qualification de privation de propriété est toutefois retenue, assez logiquement, concernant la procédure d'aliénation, avant jugement, des moyens de transport et objets périssables saisis par l'administration des douanes dans le cadre d'une infraction aux lois douanières¹²⁷. Il y a en effet alors transfert à l'administration douanière du pouvoir de disposition du propriétaire.

Les questions soumises au Conseil constitutionnel par la procédure de la QPC l'ont également conduit à apporter une nouvelle précision quant à la notion de privation de propriété concernant les voies d'exécution civiles. Le Conseil a, dans un premier temps, considéré que l'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire à la suite d'un divorce n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la DDHC, car cette attribution forcée « constitue une modalité de paiement d'une obligation judiciairement constatée »¹²⁸. Dès lors qu'il existe une créance à éteindre, la cession forcée d'un bien ne constitue pas une privation de propriété. La même solution est reprise dans la décision n° 2011-206 du 16 décembre 2011, *M. Noël C.* relativement à la saisie immobilière. Celle-ci permet au créancier de faire vendre le bien immobilier de son débiteur pour obtenir la distribution du prix de vente entre les créanciers. Ce dessaisissement forcé d'un bien du débiteur pour assurer le paiement d'un créancier n'est pas qualifié de privation de propriété. Le Conseil constitutionnel reprend, au soutien de sa décision, les considérants de principe de la décision du 13 juillet 2011 précitée, lesquels permettent ainsi *a priori* de valider toutes les voies d'exécution civile.

Du fait d'une conception restrictive de la privation de propriété, la plupart des décisions rendues en 2011 concernent de simples limites à l'exercice du droit de propriété. Le Conseil constitutionnel mène alors une analyse fondée sur l'article 2 de la DDHC. En vertu de cette disposition, toute limitation au droit de propriété doit être, d'une part justifiée par un motif d'intérêt général et, d'autre part, proportionnée au but à atteindre. Le Conseil va donc, pour chaque situation, vérifier que ces deux conditions sont bien remplies. L'analyse des décisions révèle toutefois un contrôle de proportionnalité parfois encore assez limité. Tel est surtout le cas dans la décision n° 2011-177 QPC du 7 octobre 2011, *M. Éric A.* relative à la définition du lotissement. Le Conseil vérifie que la possibilité d'inclure dans un lotissement une parcelle détachée d'une propriété répond bien à un but d'intérêt général, à savoir en l'espèce d'éviter un urbanisme désordonné et de prendre en compte des considérations de protection de l'environnement. Toutefois, il contrôle ensuite seulement *in abstracto* la proportionnalité de la mesure sans véritable examen des garanties concrètement mises en place. Heureusement, le contrôle est souvent nettement plus approfondi, comme dans les décisions n° 2011-182 QPC du 14 octobre 2011, *M. Pierre T.*¹²⁹ et 2011-193 QPC du 10 novembre 2011, *M^{me} Jeannette R., épouse D.*¹³⁰.

Bien que rares, les décisions relatives à la privation de propriété n'en sont pas moins importantes. La décision n° 2010-87 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jacques S.* rejette ainsi clairement toute indemnisation du préjudice moral en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. La solution s'inscrit dans une jurisprudence constante du juge de l'expropriation qui refuse traditionnellement d'indemniser le préjudice moral¹³¹. Si la solution n'est donc guère surprenante, les arguments qui la fondent sont pour le moins faibles. L'existence d'indemnités accessoires n'est, tout d'abord, pas réellement dirimante, en ce que ces indemnités n'ont pour but que d'indemniser un préjudice matériel. Aucune indemnisation du préjudice d'affection ou d'agrément n'est possible s'il n'entraîne pas un préjudice matériel. La difficile évaluation du préjudice ne saurait, non plus, suffire pour exclure son indemnisation. Le préjudice moral n'est-il pas d'ailleurs depuis longtemps indemnisé, tant par le juge judiciaire¹³² que par le juge administratif dans d'autres domaines¹³³? L'exclusion automatique de la réparation du préjudice moral semble, enfin, difficilement compatible avec la jurisprudence de la CEDH, exposant la France

126. CE, 18 juin 1948, *Rec.*, p. 43; CE, 15 février 1956, *Rec.*, p. 479.

127. CC, déc. n° 2011-203 QPC du 2 décembre 2011, *M. Wathik M.*, cons. 4.

128. CC, déc. n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, *M. Jean-Jacques C.*, cons. 5.

129. CC, déc. n° 2011-182 QPC du 14 octobre 2011, *M. Pierre T.*, cons. 7: la portée et l'objet de la servitude sont délimités, de même que son assiette; une enquête publique est prévue si la servitude doit être d'une largeur supérieure à 6 mètres; une indemnisation est prévue et fixée par le juge en cas d'absence d'accord amiable. Toutefois le Conseil ne considère pas les garanties apportées comme suffisantes, en l'absence de possibilité pour les propriétaires de faire connaître leurs observations pour les servitudes de moins de 6 mètres de large.

130. CC, déc. n° 2011-193 QPC du 10 novembre 2011, *M^{me} Jeannette R., épouse D.*, cons. 7.

131. Par exemple, refus d'indemnisation malgré l'ancienneté de l'occupation des lieux (Cass., 3^e civ., 30 mai 1972, *Bulletin civil III*, n° 335, 1972).

132. Cass., 1^{re} civ., 16 janvier 1962, *Bulletin civil I*, n° 33, 1962.

133. CE, *Min. des travaux publics c. Cts Letisserand*, 24 novembre 1961.

à un risque de condamnation. La Cour a en effet déjà admis l'indemnisation du préjudice moral à la suite d'une expropriation¹³⁴. Encore une fois, la décision rendue par le Conseil révèle une tendance relativement peu protectrice du droit de propriété.

Si les décisions rendues en 2011 en matière de droit de propriété apportent ainsi d'utiles précisions, les décisions fondées sur la liberté individuelle ont une portée pratique particulièrement importante.

b. La protection de la liberté individuelle : la question de l'hospitalisation contrainte

Le Conseil a été à plusieurs reprises saisi de QPC portant sur l'hospitalisation contrainte. Par ses décisions, il a ainsi pu orienter le travail législatif en cours, obligeant à modifier le texte initialement prévu pour la loi relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, finalement promulguée le 5 juillet 2011. « Le moins que l'on puisse dire est que les interventions du Conseil constitutionnel pèsent sur le calendrier parlementaire et sur le contenu des projets de loi »¹³⁵.

Dans sa décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, *M. Abdellatif et autre*, le Conseil s'est prononcé tant sur les conditions de placement en hospitalisation d'office (HO)¹³⁶ que sur les conditions de son maintien. Concernant le placement en HO, le Conseil rappelle qu'il n'est pas requis que l'autorité judiciaire soit saisie avant la mesure de privation de liberté; reprenant ainsi la solution posée dans sa décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, relative à l'hospitalisation à la demande d'un tiers (HDT). Il ne s'agit en effet pas ici d'une sanction mais d'une mesure préventive. Toutefois, en matière d'HO, les garanties protégeant la liberté individuelle sont jugées trop faibles, en raison de la possibilité d'un maintien de l'hospitalisation malgré un certificat médical en sens contraire. Un réexamen de la situation à bref délai est nécessaire¹³⁷. Concernant la question du maintien en HO, le Conseil reprend et transpose là encore la solution issue de sa décision 2010-71: le texte est jugé non conforme à la Constitution du fait de l'absence d'intervention de

l'autorité judiciaire pour prolonger la privation de liberté au-delà de quinze jours.

La décision n° 2011-174 du 6 octobre 2011, *M^{me} Oriette P.* revient sur la procédure de placement en HO. Le Conseil déclare contraire à la Constitution le fait de permettre que les mesures provisoires puissent, en cas de péril imminent, être prises sur le fondement de la seule notoriété publique, c'est-à-dire sans avis médical. La solution semble conforme à la position de la CEDH, laquelle exige en effet que l'aliénation ait été « établie de manière probante »¹³⁸. Cette QPC, rendue après la promulgation de la loi du 5 juillet 2011, a une portée importante. L'ensemble des éléments relatifs à la procédure d'admission sont en effet repris dans la loi nouvelle concernant le « danger imminent » le cas échéant « attesté par la notoriété publique ». Ainsi, « nous ne sommes qu'à une QPC de la disparition définitive » de la notion « du fou dangereux notoire »¹³⁹.

Enfin, la décision n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011, *M. Jean-Louis C.* est relative aux conditions de sortie d'hospitalisation d'office des personnes dont l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental a été reconnue. La QPC concerne l'ancien article L. 3213-8 du Code de la santé publique, lequel interdisait au juge d'ordonner la sortie immédiate sans l'avis conforme de deux médecins psychiatres. Le texte est jugé non conforme à la Constitution car il prive l'autorité judiciaire du pouvoir d'assurer le respect du principe selon lequel nul ne peut être détenu arbitrairement. L'avis du juge était alors lié, le véritable pouvoir de décision revenant dès lors aux médecins. La loi ne peut pas, ainsi, retirer à l'autorité judiciaire le pouvoir d'apprécier s'il y a lieu d'ordonner la remise en liberté de la personne privée de liberté¹⁴⁰.

3. À propos de la libre administration des collectivités territoriales

Par un ensemble de décisions rendues en 2011, le Conseil affine et consolide la protection du principe de libre administration des collectivités territoriales à un moment où la crise économique accroît les difficultés des collectivités à assurer leurs compétences¹⁴¹ dans une République dont « l'organisation est décentralisée »¹⁴².

134. CEDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 18 décembre 1984, requête n° 7151/75 et 7152/75, § 25: « les intéressés ont vécu dans une incertitude prolongée ».

135. E. Péchillon, « Encadrement du soin sous contrainte: entre piqure de rappel et nouvelles prescriptions au législateur. À propos de la décision du Conseil constitutionnel, n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011 », *La semaine juridique, Administrations et collectivités territoriales*, n° 26, juin 2011, act. 455.

136. Depuis la loi du 5 juillet 2011, on parle d'« admission en soin psychiatrique » et non plus d'HO et d'HDT.

137. CC, déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, *M. Abdellatif et autre*, cons. 10: « [...] les dispositions contestées conduisent, à défaut de levée de l'hospitalisation d'office par l'autorité administrative compétente, à la poursuite de cette mesure sans prévoir un réexamen à bref délai de la situation de la personne hospitalisée permettant d'assurer que son hospitalisation est nécessaire; qu'un tel réexamen est seul de nature à permettre le maintien de la mesure ».

138. CEDH, *R. L. et M.-J. D. c. France*, 19 mai 2004, requête n° 44568/98, § 114.

139. C. Lantero, « Le maire et l'hospitalisation psychiatrique d'office », note sous déc. n° 2011-174 QPC, *Droit administratif*, n° 12, décembre 2011, p. 37.

140. Voir sur ce point la déc. n° 2008-562 DC du 21 février 2008 sur la Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

141. « Souligné par de très nombreux rapports, l'effet de ciseaux auquel sont confrontés les départements (stagnation ou baisse des recettes en euros courants et augmentation structurelle des dépenses) atteint des niveaux sans précédents » (B. Fleury, « Compensation financière des charges transférées: le Conseil constitutionnel maintient sa jurisprudence », *La semaine juridique, Administration et collectivités territoriales*, n° 28, juillet 2011, act. 489).

142. Constitution du 4 octobre 1958, article 1^{er} issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003.

Le principe de libre administration des collectivités territoriales est tout d'abord réaffirmé par la décision n° 2010-107 QPC du 17 mars 2011, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete*. Le Conseil constate, pour la première fois dans le cadre du contrôle *a posteriori* des lois, et pour la première fois depuis 2000, tous types de contrôles confondus, la méconnaissance de la libre administration des collectivités territoriales par le législateur¹⁴³. Si l'annulation des délibérations du conseil municipal des communes de Polynésie française par le haut-commissaire de la République prévue par l'article 8 de l'ordonnance du 5 octobre 2007 est conforme à la Constitution, les dispositions du même article qui étendaient ce pouvoir d'annulation aux arrêtés du maire sont, « par la généralité des pouvoirs ainsi conférés au représentant de l'État »¹⁴⁴, contraires à la Constitution.

Ensuite, par plusieurs décisions, le Conseil s'est attaché à mieux préserver les finances des collectivités. Selon l'article L. 313-5 du Code de l'éducation, les centres publics d'orientation scolaire et professionnelle à la charge des communes ou des départements peuvent être transformés en service d'État à la demande de la collectivité concernée. Or, le Conseil dans la décision n° 2011-149 QPC du 13 juillet 2011, *Département de la Haute-Savoie*, précise, par une réserve d'interprétation, que la demande de ladite collectivité à ne plus assumer la charge correspondant à l'entretien d'un centre – dont l'État n'a pas décidé la transformation en service d'État – a « pour conséquence nécessaire d'obliger la collectivité et l'État à organiser sa fermeture »¹⁴⁵. Cette interprétation permet de renforcer la protection des finances des collectivités dans la mesure où celles-ci « ne pourront plus se voir imposer des obligations qui ne sont pas, ou plus, les (leurs) »¹⁴⁶. Par ailleurs, par les décisions n° 2011-143 QPC et 2011-144 QPC du 30 juin 2011, *Départements de Seine-Saint-Denis et de l'Hérault* et *Départements de l'Hérault et des Côtes-d'Armor*, le Conseil considère que l'allocation personnalisée d'autonomie créée par la loi du 20 juillet 2001 et la prestation de compensation du handicap créée par la loi du 11 février 2005, toutes deux à la charge des départements, ne s'apparentent pas à des

transferts de compétences – à l'égard desquels le Conseil opère un contrôle strict des modalités de compensation financières par l'État. Elles sont de simples extensions de compétence pour lesquelles le Conseil se borne à vérifier qu'elles sont accompagnées « de ressources déterminées par la loi »¹⁴⁷. Cependant, celui-ci précise, par une réserve d'interprétation identique dans les deux décisions, que si l'augmentation des charges nettes faisait obstacle à la garantie de ces prestations sociales, « il appartiendrait aux pouvoirs publics de prendre les mesures correctrices appropriées »¹⁴⁸. Les juges prennent ainsi en compte l'augmentation prévisible des charges que représentent ces prestations sociales dans un contexte économique défavorable¹⁴⁹. Cela étant, la décision n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et autres* révèle que, de l'évolution du contexte économique, ne peut résulter un changement de circonstance de nature à permettre au Conseil constitutionnel de procéder à un nouvel examen de la loi opérant le transfert du financement du RMI, du RMA et du RSA de l'État aux collectivités territoriales. Cette prudence dans le raisonnement du juge constitutionnel a pu être qualifiée de « manifestement excessive » mais indique surtout que celui-ci n'a pas voulu s'immiscer dans un conflit ouvert entre l'État et les départements¹⁵⁰.

Enfin, la décision n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011, *Département des Landes* a interpellé la doctrine à plusieurs égards. Aux termes de l'article L. 2224-11-5 du Code général des collectivités territoriales, « Les aides publiques aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement ne peuvent être modulées en fonction du mode de gestion du service ». Le Conseil déclare cet article contraire à la Constitution mais, par un considérant de principe¹⁵¹, considère pour la première fois que le législateur peut imposer des obligations aux collectivités ou les soumettre à des interdictions, sous réserve que celles-ci répondent à des fins d'intérêt général¹⁵². Cette décision est, par ailleurs, perçue comme « le dernier avatar d'un feuilleton juridique »¹⁵³. Au commencement, le département des Landes décide d'accorder davantage de subventions aux communes préférant la régie à la délégation de service public pour la gestion

143. Voir M. Verpeaux, « Contrôle des actes des collectivités territoriales et violation du principe de libre administration », *L'actualité juridique. Droit administratif*, n° 30, 2011, p. 1735.

144. CC, déc. n° 2010-107 QPC du 17 mars 2011, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete*, cons. 6.

145. CC, déc. n° 2011-149 QPC du 13 juillet 2011, *Département de la Haute-Savoie*, cons. 6.

146. M. Verpeaux, « Quand le Conseil constitutionnel veille au respect de la libre administration des collectivités territoriales », *L'actualité juridique. Droit administratif*, n° 36, 2011, p. 2072.

147. Constitution du 4 octobre 1958, article 72-2 issu de la révision du 23 mars 2003.

148. CC, déc. n° 2011-143 QPC du 30 juin 2011, *Départements de Seine-Saint-Denis et de l'Hérault*, cons. 13 ; CC, déc. n° 2011-144 QPC du 30 juin 2011, *Départements de l'Hérault et des Côtes-d'Armor*, cons. 11.

149. Voir B. Fleury, « Compensation financière des charges transférées... », act. 489.

150. P.-Y. Gahdoun, « La révolte des départements devant le Conseil constitutionnel », *Gazette du palais*, n° 223, 11 août 2011, p. 9.

151. CC, déc. n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011, *Département des Landes*, cons. 4.

152. « La nouveauté de la décision réside dans l'interprétation donnée par le Conseil de la marge de manœuvre du législateur. Il peut désormais imposer des obligations aux collectivités ou les soumettre à des interdictions [...] » (H. Pauliat, « Libre administration des collectivités territoriales ou libre administration de chaque collectivité », *La semaine juridique, Administration et collectivités territoriales*, n° 35, août 2011, com. 2279, p. 26).

153. J.-B. Auby, « L'intervention départementale en faveur de la gestion d'un service public communal en régie », *Droit administratif*, n° 11, novembre 2011, p. 31.

de l'eau. Après que le tribunal administratif de Pau et la cour administrative de Bordeaux ont censuré ce dispositif au motif qu'il instituerait une tutelle du département sur les communes¹⁵⁴, le Conseil d'État s'en accommode refusant de voir dans ce procédé une forme de tutelle du premier sur les secondes¹⁵⁵. À la suite de ce contentieux administratif, le législateur intervient par l'introduction de l'article contesté dans la loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, prohibant ainsi la modulation des subventions en fonction du mode de gestion des services publics. Le Conseil constitutionnel, même s'il ne se prononce pas sur le principe d'égalité, pourtant expressément invoqué par

les requérants, rejoint donc le Conseil d'État¹⁵⁶ puisqu'il valide un dispositif jugé légal par ce dernier en 2003¹⁵⁷ et désapprouve le législateur. En effet, les juges constitutionnels considèrent que l'interdiction issue de la loi de 2006 restreignait de manière excessive la libre administration des départements¹⁵⁸. Si certains reprochent au Conseil de faire prévaloir la liberté des départements sur celles des communes¹⁵⁹, est-ce parce qu'ils considèrent que le fait d'être potentiellement candidat à des subventions, en temps de crise, est liberticide ? Étrange intuition à l'époque dite de la régulation où l'incitation est le dernier instrument toléré pour orienter le comportement des agents économiques.

154. TA Pau, *Préfet des Landes c. Département des Landes*, 13 mai 1997, JurisData n° 1997-660030 ; CAA Bordeaux, *Département des Landes*, 31 mai 2001, JurisData n° 2001-175161.

155. CE, ass., 12 décembre 2003, n° 236442.

156. « Les rapports entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel sont au beau fixe » (S. Braconnier, « La liberté de gestion des services publics à l'épreuve de la QPC », *L'actualité juridique. Droit administratif*, n° 32, octobre 2011, p. 1889).

157. CE, ass., 12 décembre 2003, n° 236442.

158. CC, déc. n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011, *Département des Landes*, cons. 5.

159. Voir J.-B. Auby, « L'intervention départementale... », p. 32 ; S. Braconnier, « La liberté de gestion... », p. 1889 ; H. Pauliat, « Libre administration des collectivités territoriales... », p. 28 ; P. Terneyre, « Le législateur peut-il constitutionnellement interdire aux départements de moduler leurs aides aux communes en fonction du mode de gestion du service public aidé ? », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 691, novembre 2011, p. 13.