

précis
DOMAT

DROIT PUBLIC

Dominique ROUSSEAU
Pierre-Yves GAHDOUN
Julien BONNET

DROIT DU CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL

11^e édition

Édition
entièrement
refondue

LGDJ une marque de
Lextenso

Domat droit public

Droit du contentieux constitutionnel

DOMINIQUE ROUSSEAU

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

PIERRE-YVES GAHDOUN

Professeur à l'Université de Montpellier

JULIEN BONNET

Professeur à l'Université de Montpellier

Préface de Georges Vedel †

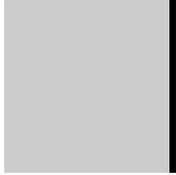
11^e édition (entièrement refondue)

LGDJ une marque de
Lextenso

Retrouvez tous nos titres
Defrénois - Gazette du Palais
Gualino - Joly - LGDJ
Montchrestien
sur notre site
@ www.lextenso-editions.fr



© 2016, LGDJ, Lextenso éditions
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
ISBN 978-2-275-04517-7
ISSN 0767-4309



SOMMAIRE

Préface de la deuxième édition	13
Introduction	17
PREMIÈRE PARTIE : LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : L'INSTITUTION	27
Titre 1 : La naissance du Conseil constitutionnel	29
Chapitre I. L'histoire compliquée du Conseil constitutionnel	31
<i>Section I. La lente montée en puissance du Conseil constitutionnel ..</i>	<i>31</i>
§ 1. L'indécision du constituant originaire	31
§ 2. L'intervention décisive du constituant dérivé	38
<i>Section II. L'implantation réussie du Conseil constitutionnel</i>	<i>48</i>
§ 1. Une implantation discutée	48
§ 2. Une implantation consacrée	54
Chapitre II. La mutation juridictionnelle du Conseil constitutionnel ..	67
<i>Section I. Le Conseil, une juridiction constitutionnelle incomplète</i>	<i>67</i>
§ 1. La controverse doctrinale	67
§ 2. Une controverse récurrente : le mode de désignation des membres du Conseil	73
<i>Section II. Le Conseil, une Cour suprême du système juridictionnel ?</i>	<i>89</i>
§ 1. La juridictionnalisation de l'institution	89
§ 2. Le Conseil constitutionnel, Cour suprême en devenir	95

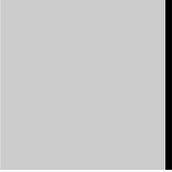
Titre 2 : L'accès au Conseil constitutionnel	109
Chapitre I. Un accès élargi dans le contentieux a priori	111
<i>Section I. L'élargissement des autorités de saisine</i>	111
§ 1. La qualité des saisissants	111
§ 2. L'avenir de la saisine	117
<i>Section II. L'élargissement des actes contrôlés</i>	120
§ 1. Le régime général des lois ordinaires	120
§ 2. Les régimes particuliers	138
§ 3. Les actes non contrôlés	150
Chapitre II. Un accès restreint dans le contentieux de la QPC	169
<i>Section I. Les conditions de recevabilité de la QPC</i>	169
§ 1. Les conditions externes de recevabilité	170
§ 2. Les conditions internes de recevabilité	178
<i>Section II. La décision de recevabilité de la QPC</i>	216
§ 1. Les délais de la décision	216
§ 2. La procédure contradictoire	217
§ 3. Le contenu de la décision	218
§ 4. La décision des Cours suprêmes	221
§ 5. Les recours contre la décision	222
Titre 3 : Les instruments du contrôle	229
Chapitre I. Les textes de référence	231
<i>Section I. L'étendue du bloc de constitutionnalité</i>	231
§ 1. Les textes inclus dans le bloc de constitutionnalité	231
§ 2. Les textes exclus du bloc de constitutionnalité	246
§ 3. La notion de « droits et libertés que la Constitution garantit » ..	257
<i>Section II. La question de la hiérarchie des textes de référence</i>	266
§ 1. L'absence de hiérarchie juridique pré-établie	266
§ 2. Une « mise en balance » concrète des principes constitutionnels	273
Chapitre II. Les techniques de contrôle	285
<i>Section I. Les cas d'ouverture</i>	285
§ 1. Le contrôle de la constitutionnalité « externe »	285
§ 2. Le contrôle de la constitutionnalité « interne »	293

<i>Section II. Les moyens de contrôle</i>	297
§ 1. L'interprétation normative.....	297
§ 2. Le contrôle de proportionnalité	305
Titre 4 : La décision du Conseil constitutionnel	319
Chapitre I. La procédure devant le Conseil constitutionnel	321
<i>Section I. La procédure dans le contentieux a priori</i>	321
§ 1. La procédure de saisine	321
§ 2. La procédure de jugement.....	328
<i>Section II. La procédure dans le contentieux a posteriori</i>	335
§ 1. L'application des règles du procès juste et équitable	335
§ 2. L'application des règles du tribunal neutre et impartial	344
Chapitre II. Les différentes décisions du conseil constitutionnel	349
<i>Section I. La forme des décisions</i>	349
§ 1. Les décisions « ordinaires »	349
§ 2. Les décisions « pratiques ».....	353
<i>Section II. La modulation des décisions</i>	354
§ 1. La question de la date de l'abrogation	356
§ 2. La question des effets de la loi abrogée	362
Chapitre III. L'autorité des décisions	369
<i>Section I. La portée des décisions</i>	369
§ 1. La portée enrichie de l'article 62 de la Constitution	369
§ 2. La portée renouvelée de l'article 62 de la Constitution.....	374
<i>Section II. L'effectivité des décisions</i>	380
§ 1. L'autorité à l'égard du pouvoir politique	380
§ 2. L'autorité à l'égard des juridictions	387
 DEUXIÈME PARTIE : LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : LA JURISPRUDENCE.....	 407
Titre 1 : La jurisprudence relative à la représentation politique	409
Chapitre I. Le contrôle de la représentation politique	411
<i>Section I. La définition des principes de la représentation politique</i> ..	411
§ 1. Le principe démocratique	412

§ 2. Le principe de suffrage	440
Section II. Le contrôle des élections politiques nationales	463
§ 1. Le contrôle des élections parlementaires	463
§ 2. Le contrôle de l'élection présidentielle et du référendum	478
Chapitre II. Le contrôle de la séparation des pouvoirs	499
Section I. Le contrôle de la séparation horizontale des pouvoirs	499
§ 1. La séparation des pouvoirs entre les institutions politiques	500
§ 2. La séparation des pouvoirs entre les institutions politiques et juridictionnelles.....	545
Section II. Le contrôle de la séparation verticale des pouvoirs	563
§ 1. Les principes d'organisation de l'Hexagone	563
§ 2. Les principes d'organisation de l'outre-mer	580
Titre 2 : La jurisprudence relative à la garantie des droits	603
Chapitre I. Les droits et libertés classiques	605
Section I. Les libertés de la personne	605
§ 1. La dignité de la personne humaine	605
§ 2. La liberté personnelle et individuelle.....	609
§ 3. L'encadrement de la matière pénale et punitive.....	626
Section II. Les libertés de la pensée	640
§ 1. La liberté de conscience, d'opinion et le principe de laïcité	641
§ 2. La liberté d'expression et de communication	643
§ 3. Les libertés de l'action collective	648
§ 4. Liberté de l'enseignement et liberté universitaire	651
Section III. Le droit au juge	653
§ 1. Les garanties du recours juridictionnel	653
§ 2. Les garanties d'une procédure juste et équitable	660
Chapitre II. Les exigences constitutionnelles liées à la temporalité	669
Section I. La jurisprudence de la rétroactivité des lois	670
§ 1. Les sources constitutionnelles de la non-rétroactivité des lois ...	670
§ 2. La mise en œuvre de la non-rétroactivité	673
Section II. La jurisprudence de la survie de la loi ancienne	681
§ 1. Les contrats.....	681
§ 2. Les situations légalement acquises	692

Chapitre III. Les droits économiques, sociaux, et environnementaux .	699
Section I. Les droits économiques	699
§ 1. Le droit de propriété	699
§ 2. La liberté d’entreprendre	707
§ 3. La liberté contractuelle	711
Section II. Les droits sociaux	721
§ 1. Les droits des travailleurs	721
§ 2. Droit à la santé, droits de la famille, droit d’asile	736
Section III. Les droits environnementaux	741
§ 1. Le contrôle vigilant des droits procéduraux	742
§ 2. L’utilisation prudente des droits substantiels	745
Chapitre IV. Le principe d’égalité	755
Section I. La valeur constitutionnelle du principe d’égalité	755
§ 1. La force du principe d’égalité	755
§ 2. Les composantes du principe d’égalité	758
Section II. Le traitement jurisprudentiel du principe d’égalité	763
§ 1. Le contrôle des justifications des atteintes au principe d’égalité	763
§ 2. Les cas particuliers	773
§ 3. La portée du contrôle du principe d’égalité	778
TROISIÈME PARTIE : LE DROIT CONSTITUTIONNEL, UN DROIT CONNECTÉ	783
Chapitre I. La transformation de l’objet de la constitution : la société	785
Section I. La Constitution, forme classique de la représentation légitime du politique	785
§ 1. La mesure de la juridicisation de la politique	785
§ 2. La portée de la juridicisation de la politique	792
Section II. La constitution, forme nouvelle de la représentation de la société.	797
§ 1. La (re)découverte de l’article 16 de la Déclaration de 1789 : « toute société... »	797
§ 2. La (re)découverte de la figure médiatrice du juge constitutionnel	802

Chapitre II. La transformation de la notion de démocratie : la démocratie continue	809
<i>Section I. La Constitution, espace d'identité du peuple</i>	809
§ 1. La rupture de l'identification gouvernants-gouvernés	810
§ 2. La construction constitutionnelle du peuple	814
<i>Section II. Le Conseil constitutionnel, institution de la mesure démocratique</i>	820
§ 1. Les compréhensions positivistes et jus-naturalistes de la juridiction constitutionnelle	821
§ 2. La compréhension herméneutique de la juridiction constitutionnelle	828
Index alphabétique	845



AVANT-PROPOS

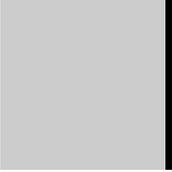
1990 : première édition de ce manuel. 2013 : dixième édition. 2016 : non pas une onzième édition mais une refonte du manuel. En trente ans, le droit du contentieux constitutionnel a profondément changé. Ajouter quelques décisions, en supprimer d'autres, modifier un paragraphe, substituer une référence ne pouvait suffire pour rendre compte de la mutation institutionnelle : le contrôle de constitutionnalité était *a priori*, il est maintenant aussi *a posteriori* ; l'institution était opaque, elle est aujourd'hui transparente avec ses séances de QPC publiques, enregistrées et retransmises sur le site du Conseil constitutionnel ; le contentieux constitutionnel était limité, il se déploie désormais en nombre et en force dans toutes les activités sociales ; le Conseil avait le monopole du contrôle de constitutionnalité, il doit dorénavant le partager avec les juges judiciaires et administratifs qui filtrent les questions prioritaires de constitutionnalité...

Pour raconter cette mutation, il fallait faire muter le manuel lui-même ! Et, pour accomplir cette refonte et ouvrir sur l'avenir, j'ai demandé le concours de deux professeurs reconnus de la nouvelle génération, Pierre-Yves Gahdoun et Julien Bonnet. Avec eux, j'assure déjà chaque année la chronique de jurisprudence constitutionnelle à la RDP (*Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*) et je les remercie sincèrement d'avoir accepté cette nouvelle collaboration.

Le droit du contentieux constitutionnel explore toutes les dimensions du savoir constitutionnel. La dimension institutionnelle puisque le Conseil constitutionnel est une institution – une juridiction – qui est en relation avec d'autres institutions. La dimension contentieuse puisque le Conseil constitutionnel produit des décisions qui ont l'autorité de la chose jugée. La dimension philosophique puisque le Conseil constitutionnel transforme la notion de constitution et redessine la configuration politique. C'est donc autour de ces trois dimensions que le manuel a été reconstruit.

Le doyen Georges Vedel m'avait fait l'honneur d'une préface pour la deuxième édition ; je l'ai gardé bien que... ou plutôt parce que le doyen s'amusait à discuter deux propositions qui me sont toujours chères : l'élection du président du Conseil constitutionnel par ses pairs et les opinions dissidentes !

Dominique Rousseau



PRÉFACE DE LA DEUXIÈME ÉDITION

Ce livre, lors de sa première édition, est né d'un coup d'audace réfléchi et réussi. Non seulement, depuis un quart de siècle, le Conseil constitutionnel a été le sujet de nombreux ouvrages, mais ceux-ci sont d'une remarquable qualité. Mettre ses pas dans les traces de François Luchaire, Louis Favoreu, Loïc Philip, Bruno Genevois, Léo Hamon, Bernard Poullain et d'autres était lourd de deux risques : ou bien le double emploi sans gloire ou bien la contradiction saugrenue. Tranquillement, Dominique Rousseau a survolé la difficulté de la seule manière qui soit possible : ne rien perdre de ce qui a été acquis ; proposer de nouveaux angles de vue ; enrichir le trésor commun des nouveautés engendrées par cette relecture. Et cette méthode nous donne un livre original, dense, impeccablement informé et que prolonge, au-delà du contentieux lui-même, une réflexion aiguë et neuve sur les mutations du droit constitutionnel et de la démocratie.

Le titre annonce, mais non totalement, le dessein de l'auteur. C'est le « droit du contentieux constitutionnel » qui va être étudié, tout comme René Chapus étudie le « droit du contentieux administratif ». L'accent est ainsi mis, comme dit René Chapus, sur les « structures » et les « procédures » juridictionnelles. Et, de fait, les deux premières parties de l'ouvrage réalisent ce projet avec une rigueur et un langage qui restituent au phénomène juridictionnel toute sa spécificité. Contrairement à ce qu'un profane pourrait croire, le droit procédural est, de toutes les branches du droit, celle qui comporte le plus d'exigences logiques. Sans doute, le parti initial, c'est-à-dire le choix du juge, de sa compétence, de ses pouvoirs, est-il libre et appartient-il au politique. Mais une fois posées ces prémisses, les exigences structurelles déroulent leurs conséquences logiques. Sorte de recours pour excès de pouvoir législatif, la saisine du Conseil constitutionnel oblige, en réponse, le Conseil constitutionnel à retrouver nombre des instruments d'analyse bien connus du juge administratif (les termes de référence, les ouvertures, les modes de censure, etc.). En revanche, d'autres traits du contentieux administratif ne se retrouvent pas ou sont pris à contre-pied : le saisissant ne limite pas, par l'énoncé de ce qu'il conteste, le champ du contrôle ouvert au juge ; le juge dispose d'un large pouvoir d'interprétation mais non celui de recourir à des principes généraux du droit qui ne seraient pas enracinés dans un texte ; l'irréfragabilité des lois ayant échappé à la

censure du juge constitutionnel est d'une autre force que l'« autorité de la chose décidée » des actes ayant échappé à la censure du juge administratif.

Pourtant, c'est bien plus loin que cette stricte conception du droit du contentieux constitutionnel que l'auteur nous entraîne. Au-delà du pur droit du contentieux, la troisième partie de son ouvrage nous présente deux exemples de politiques jurisprudentielles relatives l'une aux institutions de la République, l'autre à la représentation politique. Comme la quatrième partie fait une large place à la protection des droits et des libertés, on voit que le livre est prolongé, au-delà du droit procédural, par une analyse de fond.

Celle-ci était sans doute nécessaire pour amener la réflexion finale sur le « nouveau droit constitutionnel » et sur la « démocratie constitutionnelle ». À l'alternative entre un juge constitutionnel simple répartiteur des compétences respectives de la loi et de la Constitution et un juge constitutionnel gardien de valeurs et de droits transcendant la Constitution elle-même, Dominique Rousseau oppose un tiers parti qui veut dépasser cette alternative. Le juge constitutionnel trouve sa place dans une nouvelle phase du développement démocratique. Par référence à la montée de l'État de droit et à l'émergence du juridique comme valeur sociale, il est avec le gouvernement et le Parlement, l'un des opérateurs dans le système concurrentiel de production démocratique de normes qui, justement, de cette concurrence tirent leur légitimité. Il y a là cinquante pages d'une rare qualité, remarquables à la fois par la précision et l'acuité critiques et par la vigueur de la construction. Elles ont en plus le mérite de renvoyer dos à dos les politistes qui nient la spécificité du juridique et les juristes qui croient à son immaculée conception.

L'usage veut qu'un préfacier ne se borne pas à l'éloge et je suis bien tenté de manquer à cet usage, faute de matière à critique sérieuse. Un regret pourtant : que l'auteur ne nous ait pas dit ce qui est, au moins à mes yeux, un des caractères les plus surprenants de l'institution qu'il étudie, à savoir que sa part d'irrationalité, sa rusticité, son empirisme ont été quelques-unes des causes, et non les moindres, de sa réussite.

Pour un pur cartésien, le Conseil constitutionnel est un être bizarre : il devrait être au-dessus de la mêlée et ses membres sont désignés par les grands acteurs du combat politique ; ils n'élisent même pas leur président ; on n'exige de ces juges aucune garantie de compétence juridique ; leurs travaux ne sont éclairés par aucune instruction contradictoire ; leurs décisions doivent intervenir dans des délais étrangement brefs ; prises à la majorité et dans le secret, elles étouffent la minorité qui n'y souscrit pas et qui ne peut ni s'exprimer ni se révéler ; et puis, comment travailler sans ces escouades de référendaires ou d'assistants qui font les maisons sérieuses ?

Felix culpa ! chante la liturgie catholique de Pâques pour louer la faute d'Adam qui ont valu à l'homme le Messie et la rédemption. Sur un mode mineur et au pluriel, le Conseil constitutionnel pourrait reprendre l'antienne. On connaît les effets « pervers ». Comment nommer les effets qui, contre toute attente, apportent des bienfaits nés de l'imperfection ?

Essayons un inventaire : le Président de la République et les présidents des assemblées apportent plus de soin et de décence à désigner des juges que ne feraient des partis politiques, plus d'ouverture d'esprit que des corporations. Si le

Conseil n'avait pas comporté des représentants de la classe politique, les légistes enchaînés par leur éducation au respect de la loi infaillible n'auraient pas su tous seuls la désacraliser et donc la contrôler. L'absence d'instruction organisée permet au Conseil une information sans frontières. L'apparente brièveté du temps imparti pour statuer oblige le Conseil tout à la fois à se préparer bien avant la saisine et à ne pas faire languir les citoyens pendant des années. Le secrétaire général et une petite équipe de juristes font aussi bien, et peut-être mieux, l'affaire qu'une nuée d'adjoints et à moindres frais...

Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y ait rien à réformer ni à améliorer. Mais d'abord les choses sérieuses et, au premier plan, cette ouverture du Conseil constitutionnel contrôlée, que le jeu politicien a différée et, ensuite mais ensuite seulement, les aménagements que cette conquête de l'État de droit exigerait dans l'organisation et le fonctionnement de l'institution.

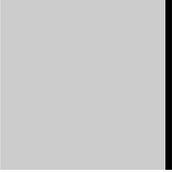
En tout cas, à qui voudrait porter malheur au Conseil j'offre deux recettes infaillibles :

La première serait de confier au Conseil l'élection de son président. Désigné de l'extérieur, le moindre manquement à l'impartialité lui ôterait aujourd'hui toute autorité. Mais s'il était élu autrement qu'à l'unanimité (ce qui ne se fait pas facilement), il deviendrait bon gré mal gré le chef d'une majorité. La convivialité, la confiance, le respect mutuel que j'ai vu régner au Conseil pendant neuf ans sous trois présidents de formations, de sensibilités et de tempéraments différents n'y gagneraient rien. Le Conseil n'a que faire de compétitions électorales, sinon pour en censurer les excès chez les autres.

L'autre recette, celle de l'admission des opinions dissidentes, serait encore plus foudroyante. Le premier effet, dans un pays qui n'en a pas la tradition, serait de présenter aux citoyens, au lieu d'une Cour de justice, un spectacle qui aurait sa place à la télévision entre le « Face à Face » et la « Roue de la Fortune ». Le deuxième serait de nous valoir des décisions et des opinions en forme de longues plaidoiries pour des procès entre membres du Conseil. Le troisième – et non le moindre – serait de priver le Conseil de la patiente élaboration du consensus qui préside à un grand nombre de ses décisions. Elle serait sacrifiée au désir sportif bien humain – et bien français – de signer de son nom l'exploit du jour.

Dans *Le bal du comte d'Orgel*, il était question d'une automobile si perfectionnée que, lorsqu'elle tombait en panne, il fallait des semaines pour la réparer. N'offenses pas les dieux, ironiques et bienveillants, qui choisissent de malicieux paradoxes et de hasardeux illogismes pour nous donner une institution qui, comme le montre si bien Dominique Rousseau, renforce et rénove la démocratie.

Georges Vedel



INTRODUCTION

1 Hier, quelques pages, à la fin d'un manuel, suffisaient pour rendre compte, à côté du Conseil supérieur de la Magistrature et de la Haute Cour de Justice, du Conseil constitutionnel. Aujourd'hui, professeurs de droit public et privé, philosophes du droit, politistes, magistrats, avocats, ministres, députés, sénateurs, journalistes, chacun dans son domaine, commentent longuement les décisions du Conseil, cherchent dans le droit naturel ou le droit positif la justification de son existence, analysent les effets de ce nouvel acteur dans le jeu politique, puisent dans les principes constitutionnels de nouveaux moyens de jugement et de défense, étudient la jurisprudence constitutionnelle pour y trouver la voie d'une législation incontestable, apprécient les réactions politiques et « aident » l'opinion publique à se forger une image de son rôle.

À cette convergence d'intérêts pour le Conseil constitutionnel peut se mesurer, très simplement, la position éminente conquise, en soixante ans seulement, par cette institution dans le paysage juridique et politique français. Il est vrai qu'en peu de temps, une tradition, des habitudes de présentation, des classifications s'effondraient, obligeant chacun à repenser le système juridique et politique pour intégrer le jeu de ce nouvel acteur. Et quel acteur ! *Le Conseil constitutionnel est en effet une juridiction qui, par son contrôle de la conformité des lois à la Constitution, à la Déclaration de 1789, au Préambule de 1946, à la Charte de l'environnement et aux principes à valeur constitutionnelle fait de la Constitution un acte vivant inspirant l'ensemble du système juridique et politique, une charte jurisprudentielle constamment ouverte à la reconnaissance de nouveaux droits et libertés, et qui, par sa jurisprudence, est devenue, à côté de l'Exécutif et du Législatif, l'organe essentiel du régime politique d'énonciation de la volonté générale, des lois.*

Cette institution, longtemps refusée (a/) permet aujourd'hui à la France de participer au mouvement général en faveur de la justice constitutionnelle (b/) et d'entrer dans une nouvelle ère de son système politique (c/).

2 a/ Si l'institution est nouvelle – elle est née en 1958 avec la Constitution de la V^e République – l'idée d'un contrôle de la constitutionnalité des lois est cependant ancienne. 1789 est en effet trop souvent présenté comme le moment où se construit l'hostilité française au contrôle de constitutionnalité. Ce qui est refusé par principe,