



Le droit du silence

« Les silences interdits ou la norme imposée »

Ariane Vidal-Naquet

DANS **REVUE DU DROIT PUBLIC** 2012/4 **Juillet** , PAGES 1089 À 1103

ÉDITIONS **LEXTENSO**

ISSN 0035-2578

Date de mise en ligne : 26/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-revue-du-droit-public-2012-4-page-1089?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Lextenso.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Le droit du silence

« Les silences interdits ou la norme imposée »

par Ariane VIDAL-NAQUET

Professeur à l'Université Aix-Marseille, ILF-GERJC

L'heure ne serait plus à la condamnation de la prolifération normative et du bavardage intempestif mais à l'interdiction du silence. Il y aurait obligation de faire du bruit, obligation de parler ou, plus exactement ici, obligation d'adopter une norme. Ce faisant, le sujet repose sur une assimilation qui peut paraître hâtive entre parole et norme. Or la parole n'est pas nécessairement la norme. Pendant longtemps, le législateur pouvait, par exemple, prendre la parole pour ne rien faire ou, plutôt, pour ne pas adopter de nouvelles normes : c'est l'exemple de la loi mémorielle, qui n'a pour objet que l'affirmation solennelle d'un fait historique ; c'est encore l'exemple de la loi bavarde, qui se contente d'énoncer des truismes ou des souhaits dénués de toute portée normative. Cette possibilité lui est aujourd'hui refusée : la loi doit être revêtue d'une portée normative (1). Le bruit du législateur étant désormais condamné, serait-il concevable que le silence lui soit également interdit ?

Variées sont les hypothèses dans lesquelles obligation est faite aux autorités normatives de s'exprimer par l'adoption de normes. Il en va notamment ainsi de l'obligation de modifier ou d'abroger un règlement illégal *ab initio* ou devenu illégal en raison d'un changement de circonstances de fait ou de droit ; de l'obligation pour les titulaires du pouvoir de police administrative d'exercer ce dernier ; de l'obligation de transposer les directives de l'Union européenne... Si la question des obligations pesant sur le pouvoir réglementaire, notamment sur le pouvoir d'exécution des lois, semble relativement bien connue (2), plus novatrice, en revanche, est celle des obligations de légiférer, d'autant qu'elle

(1) Décisions 2004-500 DC du 29 juillet 2004, Autonomie financière des collectivités territoriales, Rec. 116, cons. 12 ; 2005-512 DC du 21 avril 2005, Avenir de l'école, Rec. 72, cons. 8.

(2) Pour des développements récents, voir B. Seiller, « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », AJDA 2004, p. 761 et s.

s'inscrit aujourd'hui dans un contexte renouvelé. En conséquence, c'est autour de l'interdiction du silence du législateur et de l'éventuelle obligation normative qui en découle que sera articulé ce propos.

Encore faudrait-il préciser ce que l'on entend par silence : silence total ou partiel ; silence absolu ou relatif, encore que le silence soit toujours impur et imparfait ; silence définitif ou temporaire... Encore faudrait-il distinguer le silence d'un certain nombre de termes voisins : à la différence de la lacune, de la carence ou de l'omission, qui font intervenir un jugement de valeur, le silence relève de l'ordre du constat, un constat négatif, celui de l'absence de bruit ; à la différence du silence, l'abstention est volontaire mais elle n'est pas nécessairement fautive ou condamnable, contrairement au manquement ou à la carence ; l'omission et l'abstention revêtent également un caractère intentionnel que n'ont pas nécessairement le silence ou même la lacune.

Surtout, la présente intervention s'attache aux cas dans lesquels le législateur ne peut pas demeurer silencieux et non pas ceux dans lesquels il n'est pas suffisamment disert. Il s'agit là, pour l'essentiel, d'écarter la jurisprudence dite de l'incompétence négative. Certes, cette dernière est souvent perçue comme la manifestation d'une obligation sous-jacente de légiférer, voire d'une obligation de bien légiférer (3). Mais la jurisprudence de l'incompétence négative présuppose justement l'exercice de la compétence législative : il s'agit de contrôler que le législateur a « pleinement » exercé sa compétence. Le silence, en revanche, s'attache aux hypothèses dans lesquelles le législateur n'a pas, quels que soient ses motifs, que cela soit volontaire ou involontaire, parlé, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles il n'a pas légiféré. Il s'agit bien de censurer le silence de la norme, l'absence de loi, et non pas le silence dans la norme, qui suppose que le législateur est intervenu (4).

Ces précisions étant faites, l'idée d'une obligation de légiférer paraît difficile à admettre. En premier lieu, l'initiative de la loi est la marque de la souveraineté du législateur (5). Il s'agit d'une question d'opportunité politique, constitutive d'un acte de Gouvernement (6). Le Conseil constitutionnel semble y veiller, censurant les injonctions adressées au Gouvernement (7) et jugeant inopérantes

(3) Voir à ce sujet notamment F. Galetti, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? », RFDC, 2004, 2, p. 387 et s.

(4) Les deux questions sont cependant assez proches et présentent certaines similitudes, notamment la préoccupation de l'effectivité. Toutefois, l'incompétence négative relève avant tout du « qui » doit intervenir et ne permet pas de sanctionner l'inertie du législateur.

(5) C'est ce que souligne R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t. I, p. 358 : « l'acte législatif est caractérisé par la puissance d'initiative qui lui est propre », ajoutant que « seul le Corps législatif a la puissance de statuer d'une façon initiale, autonome, libre » (p. 361).

(6) CE, Sect., 18 juillet 1930, Sieur Rouché, Rec. 771 ; CE, 29 novembre 1968, Tallagrand, Rec. 607.

(7) Voir notamment les décisions suivantes : Décision 66-7 FNR du 21 décembre 1966, Rec. 37, cons. 6 ; 76-73 DC du 28 décembre 1976, Loi de finances pour 1977, Rec. 41, cons. 8 ; 78-102 DC du 17 janvier 1979, Adaptation du VII^e Plan, Rec. 26,

les injonctions faites au Parlement (8). En second lieu, et en conséquence, le cadre du contrôle de constitutionnalité se prête mal à la censure du silence législatif puisqu'il ne porte que sur une loi existante ou sur le point de l'être. Il n'existe aucune voie de droit spécifique susceptible de sanctionner l'inertie du législateur (9) à l'instar du recours en omission qui existe dans certains pays (10) ou du recours en carence en droit de l'Union européenne. On conçoit mal, dans ces conditions, comment pourrait émerger une éventuelle obligation pesant sur le législateur et comment le respect de cette dernière pourrait être assuré.

Et pourtant, cette question du silence du législateur, jusqu'à présent peu étudiée en France, mérite d'être examinée (11). On assiste, en effet, à un certain enhardissement du Conseil constitutionnel, qui n'hésite pas à adresser, plus ou moins directement, de véritables injonctions au législateur. C'est ainsi que, dans le cadre de son office de juge électoral (12) puis dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des normes (13), il a longtemps exhorté le législateur à procéder au redécoupage électoral. C'est ainsi que sont apparues, dans sa jurisprudence, certaines formules, apparentées à des réserves d'interprétation mais qui

cons. 2 ; 89-269 DC du 22 janvier 1990, Egalité entre Français et étrangers, Rec. 33, cons. 38 ; 2000-428 DC du 4 mai 2000, Consultation de la population de Mayotte, Rec. 70, cons. 13 ; 2000-435 DC du 7 décembre 2000, Loi d'orientation pour l'outre-mer, Rec. 164, cons. 55.

(8) Voir notamment la décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982 — Réforme de la planification, cons. 8, 9 et 10 et D. Broussolle, « Les lois déclarées inopérantes par le juge constitutionnel », RDP, 1985, p. 75.

(9) C'est ce que souligne notamment B. Genevois, « La censure des carences de la loi », AIJC, 1985, p. 412 et s.

(10) C'est notamment le cas au Brésil, au Portugal ou encore en Hongrie. Il semble que la Constitution yougoslave de 1974 ait été la première à avoir prévu un tel contrôle, son article 377 permettant à la Cour constitutionnelle d'informer l'Assemblée en cas de carence de la législation et de faire des propositions, observations et avis à l'Assemblée dans l'intérêt de la constitutionnalité.

(11) Outre l'article de B. Genevois précité, voir l'article de J.-M. Garrigou Lagrange, « L'obligation de légiférer », in *Mélanges Ph. Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, LGDJ, 1999, p. 305 et surtout l'étude de droit comparé de D. Ribes, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *Rev. belge dr. const.*, 1999, p. 237 ; on citera également la thèse de B. Henry-Menguy, *L'obligation de légiférer en France : la sanction de l'omission législative par le Conseil constitutionnel*, thèse dact., Toulouse, 2008.

(12) Dénonçant la « carence » du législateur dans la modification de la répartition par département des sièges de sénateurs, voir par exemple la décision du 20 septembre 2001, Hauchemaille et Marini, cons. 7 à 9 — voir également les observations formulées au lendemain des élections (par exemple les observations du 15 mai 2003 relatives aux élections de juin 2002).

(13) Voir notamment la sévérité des formules utilisées dans les décisions 2000-431 DC du 6 juillet 2000, Loi relative à l'élection des sénateurs, Rec. 98, cons. 11 et 2003-475 DC du 24 juillet 2003, Réforme de l'élection des sénateurs, Rec. 397, cons. 5.

ressemblent, en réalité, bien davantage à des injonctions à l'adresse des pouvoirs publics (14). C'est encore le cas du recours à certaines techniques juridictionnelles qui incitent le législateur à agir, notamment les décisions dites de « censure virtuelle » (15) ou « d'inconstitutionnalité non déclarée » (16), dans lesquelles le Conseil constitutionnel renonce à censurer une inconstitutionnalité tout en invitant le législateur à intervenir afin de supprimer l'inconstitutionnalité relevée (17) ; c'est également le cas des décisions d'inconstitutionnalité différée, qui reportent dans le temps les effets de la décision afin de permettre au législateur de procéder à la correction de l'inconstitutionnalité constatée (18).

Par ailleurs, l'introduction du contrôle *a posteriori* place le législateur, et donc le Conseil constitutionnel, dans une situation nouvelle : celle où une loi existante disparaît de l'ordonnement juridique et crée ainsi un vide juridique (19). De fait, l'intervention du législateur ne peut plus être perçue comme totalement discrétionnaire et inconditionnée : elle devient curative et tire les conséquences des décisions rendues. Plus encore, la QPC déplace le

(14) Voir par exemple la décision 99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle Calédonie II, Rec. 51, cons. 17 : « *il appartiendra aux lois de pays prises en application de l'article 24 (...) de fixer pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité la « durée suffisante de résidence », le juge soulignant ces lois sont « susceptibles d'être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel »* (exemple cité par C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Bruylant et LGDJ, Bruxelles et Paris, 2006, p. 205).

(15) Sur l'utilisation de ce terme, voir D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », RDP, n° 1, 1999, p. 63 — sur cette notion, voir notamment S. Blanchet, « La censure virtuelle », VII^e Congrès de l'AFDC, Paris.

(16) Sur l'utilisation de ce terme, voir T. Di Manno, « Recours devant le Conseil constitutionnel par voie d'action », *JurisClasseur Libertés*.

(17) Décision 2003-468 DC du 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen*, Rec. 325, cons. 27 et 28. En l'espèce, les dispositions législatives litigieuses n'étaient pas à l'assemblée de Corse les règles de parité pourtant prévues pour les élections régionales, portant ainsi atteinte au principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel renonce toutefois à censurer ce silence au motif que la censure méconnaîtrait l'objectif constitutionnel de parité, tout en adressant une ferme injonction au législateur : « *il appartiendra à la prochaine loi relative à l'Assemblée de Corse de mettre fin à cette inégalité* », ce qui fut fait par la loi n° 2003-1201 du 18 décembre 2003.

(18) Décision 2008-564 DC du 19 juin 2008, OGM, Rec. 313 : en l'espèce, malgré une incompétence négative, celui-ci reporte les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité — voir également la décision 2011-635 DC du 4 août 2011, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, Journal officiel du 11 août 2011, p. 13763.

(19) C'est d'ailleurs cette crainte du vide qui a incité le constituant à préférer l'abrogation à l'annulation ; c'est elle également qui l'a conduit à conférer au Conseil constitutionnel le pouvoir de différer les effets de la décision d'abrogation, voire de moduler les effets que la loi a pu produire.

curseur du contrôle de constitutionnalité, qui n'est plus pointé sur la norme législative elle-même, en tant qu'expression de la souveraineté du législateur, mais sur l'atteinte aux droits et aux libertés que la Constitution garantit. Ce déplacement contribue à renouveler la question d'une éventuelle obligation de légiférer, qui ne serait plus abordée du point de vue de l'initiative de la loi, et donc du point de vue du législateur, mais de celle du respect des droits et des libertés.

Il y a donc là, me semble-t-il, deux mouvements potentiellement convergents : d'une part, un droit au silence du législateur qui est de plus en plus malmené et, d'autre part, un droit à la norme législative, encore très hypothétique mais dont on pourrait tenter d'esquisser les contours (20). Pour ce faire sera adopté un raisonnement très basique en trois temps : quel peut être le fondement de l'interdiction du silence ? Comment se manifesterait l'obligation subséquente, l'obligation de parler ? Quelle pourrait être la sanction de la méconnaissance de cette obligation ?

I. — L'INTERDICTION DU SILENCE

Pourquoi le silence du législateur serait-il prohibé ? Conformément à la conception traditionnelle de la hiérarchie des normes, peut-on identifier une obligation constitutionnelle qui imposerait au législateur de parler ou, à l'inverse, qui lui interdirait le silence ? (21)

A. — *Un fondement constitutionnel*

Le respect de la Constitution apparaît comme un fondement potentiel à l'interdiction du silence du législateur, soit que certaines dispositions constitutionnelles lui imposent de parler, auquel cas son silence méconnaîtrait cette obligation, soit qu'elles lui interdisent de ne pas parler.

La première hypothèse demeure, en réalité, difficile à concevoir. On trouve dans la Constitution ou, plus largement, dans le bloc de constitutionnalité un très grand nombre de dispositions constitutionnelles qui renvoient au législateur, ordinaire ou organique, le soin de compléter, préciser, appliquer telle ou telle disposition. Certaines d'entre elles sont même particulièrement directives, voire impératives, surtout celles qui renvoient au législateur organique. Et pourtant, l'ensemble de ces dispositions continue d'être interprété comme de simples

(20) Pour reprendre l'intitulé de l'article de D. Ribes, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *préc.*

(21) L'idée que l'obligation de parler ou l'interdiction du silence puisse être imposée par une norme de même niveau juridique, c'est-à-dire par une loi, n'est guère conforme au principe de parallélisme des compétences.

habilitations législatives et non comme de véritables obligations d'agir. Pour la doctrine, seuls deux articles imposeraient une véritable obligation de légiférer, les articles 47 et 47-1, dans la mesure où ils assortissent cette obligation d'une sanction (22).

Toutefois, la notion même de norme d'habilitation n'est pas exclusive de toute obligation juridique : peuvent théoriquement parfaitement coexister des habilitations facultatives et des habilitations obligatoires (23). On ajoutera que la notion même d'habilitation ne renseigne pas nécessairement ou pas parfaitement sur le contenu de l'action à entreprendre : une obligation d'agir peut être largement indéterminée quant à son contenu et investir ainsi l'autorité concernée d'un large champ d'appréciation et, inversement, une habilitation à agir peut s'avérer particulièrement précise et directive, conditionnant alors étroitement, dès lors qu'elle agit, l'autorité normative.

La seconde hypothèse suppose d'identifier des dispositions constitutionnelles qui interdiraient au législateur de ne pas parler. Elle est surprenante dans une Constitution dite « libérale » qui fait de l'abstention un gage de modération et de limitation du pouvoir (24). Et pourtant, elle est présente dans certaines Constitutions qui ont précisément prévu que l'inertie du législateur puisse être contraire aux dispositions constitutionnelles. C'est sur ce fondement que reposent les actions en omission prévues au Portugal (25), au Brésil (26) ou encore en Hongrie (27) : le silence du législateur peut être une cause d'inconstitutionnalité et, à ce titre, condamné.

L'hypothèse est aisément vérifiable. Ainsi, bon nombre de dispositions constitutionnelles qui renvoient à l'adoption d'une loi organique, par exemple celle sur le référendum d'initiative partagée ou la procédure de destitution du Président

(22) En ce sens, voir J.-M. Garrigou Lagrange, « L'obligation de légiférer », *préc.* ; O. Pfersmann « Beaucoup de bruit pour un objet juridique inexistant : il n'y a pas de révision des lois bioéthiques », *Cités* 3/2011 (n° 47-48), p. 300.

(23) C'est ce que montre notamment C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, *op. cit.*, p. 126 et s., renvoyant à cet égard aux travaux de Kelsen.

(24) Ce point est souligné par D. Ribes, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *préc.*, p. 239.

(25) Selon l'article 283 de la Constitution portugaise, « A la demande du président de la République, du médiateur ou, en se fondant sur la violation des droits des régions autonomes, des présidents des Assemblées législatives des régions autonomes, le Tribunal constitutionnel apprécie et constate l'inobservation de la Constitution par omission des mesures législatives nécessaires à l'application de normes constitutionnelles ».

(26) Selon l'article 103, paragraphe 2, de la Constitution brésilienne, « lorsque l'inconstitutionnalité est déclarée par défaut de mesures devant rendre effective une norme constitutionnelle, il est donné connaissance au pouvoir compétent pour qu'il prenne les mesures nécessaires ».

(27) En Hongrie, l'article 1 de la loi n° XXXII de 1989 sur la Cour constitutionnelle lui confie « la suppression d'une cause d'inconstitutionnalité résultant d'une omission », action qui peut même être engagée d'office par la Cour.

de la République, sont privées d'effet tant que le législateur n'est pas intervenu ; de même, certaines dispositions constitutionnelles sont théoriquement susceptibles d'être paralysées par l'absence de dispositions législatives les concrétisant (28). Dans ces différentes hypothèses, le silence du législateur aboutit à des situations inconstitutionnelles, contrariant ainsi la volonté du pouvoir constituant tout autant que lorsqu'il agit de manière positive, par le biais d'une norme.

Ces deux fondements potentiels, une obligation constitutionnelle d'agir, une interdiction de ne pas agir, ne sont pas exclusifs l'un de l'autre. Ils semblent animés par une même préoccupation qui est celle de l'effectivité des principes constitutionnels, préoccupation qui pourrait d'ailleurs permettre de faire le départ entre les habilitations obligatoires et les habilitations facultatives.

B. — *L'effectivité des principes constitutionnels*

Le silence est interdit dès lors que l'absence législative empêche la réalisation, la concrétisation, l'accomplissement, le développement disent les espagnols, d'un principe constitutionnel.

C'est ce souci d'effectivité que l'on retrouve dans un certain nombre de décisions QPC à effet différé (29), par exemple celles relatives à l'hospitalisation d'office ou à la garde à vue (30). Ces décisions n'obligent pas, à proprement parler, le législateur à agir et elles apparaissent, en ce sens, respectueuses de sa souveraineté. Mais le choix même de l'abrogation différée suppose une production législative subséquente, justifiée par le fait que la disparition des dispositions litigieuses, qu'elle soit en réalité immédiate ou ultérieure, porterait atteinte à des exigences constitutionnelles : le silence du législateur, qui ne remplacerait pas les dispositions abrogées, serait, de fait, également inconstitutionnel.

(28) S'agissant de l'alinéa 7 du Préambule de 1946 par exemple, la question est clairement posée et tranchée par la Cour de cassation, jugeant que « l'absence de textes législatifs auxquels fait allusion la Constitution susvisée n'a pas pour effet de supprimer les droits dont elle proclame l'existence » (Cass. soc., 28 juin 1951, Soc. d'impression sur Étoffes du Grand Lemps *c/* Geoffroy, Droit social, 1951, p. 532) ; l'année précédente, le Conseil d'État avait accepté l'application directe de cet alinéa en l'absence de toute disposition législative réglementant les conditions d'exercice du droit de grève (CE, 7 juillet 1950, Dehaene, Rec. 426).

(29) Toutes les décisions QPC avec abrogation différée n'emportent pas nécessairement une obligation de légiférer : certaines d'entre elles semblent laisser le choix au législateur, en particulier lorsque les dispositions législatives sont censurées pour atteinte au principe d'égalité : le législateur a alors le choix entre modifier le dispositif ou accepter sa disparition.

(30) Décisions n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement], JO du 27 novembre 2010, p. 21119, cons. 41 — n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], JO du 31 juillet 2010, p. 14198, cons. 30.

C'est ce souci d'effectivité que l'on retrouve dans les décisions d'inconstitutionnalité « virtuelles » ou encore dans les décisions DC d'inconstitutionnalité à effet différé. Dans le premier cas, le principe de parité voulu par le constituant serait méconnu par une déclaration d'inconstitutionnalité valant pour l'ensemble du dispositif, ce qui conduit le Conseil constitutionnel à renoncer à la censure (31). Dans le second cas, le juge accorde au législateur un délai pour légiférer, en l'espèce pour remédier à l'incompétence négative constatée dans la décision, afin que soit respecté l'engagement prescrit par l'article 88-1 de la Constitution (32).

Cet article 88-1 illustre d'ailleurs très bien la question des fondements d'une éventuelle obligation de légiférer. En effet, interprété littéralement, cet article n'oblige pas le législateur ; il ne pose même pas d'habilitation législative spécifique puisque cette dernière se confond, s'agissant de la transposition des directives, avec la réserve de loi énoncée par l'article 34. Ce n'est qu'à la suite d'une interprétation constructive qu'émerge une obligation de transposition des directives, obligation communautaire judicieusement transformée en obligation constitutionnelle, et qui pèse tant sur le pouvoir législatif que sur le pouvoir réglementaire autonome (33).

On a pu faire valoir que cet article 88-1 n'imposerait qu'une obligation de bonne transposition en l'absence de tout contrôle possible de la carence du législateur (34). Mais l'obligation d'agir ne disparaît pas pour autant : elle est même d'ailleurs tellement impérieuse qu'elle prévaut sur des dispositions constitutionnelles, notamment sur la répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire : en l'espèce, l'obligation normative prévaut clairement sur l'habilitation législative (35).

Les fondements éventuels de l'interdiction du silence étant posés, encore faut-il délimiter les contours de l'obligation normative subséquente pesant sur le législateur, l'obligation de légiférer.

II. — L'OBLIGATION DE LÉGIFÉRER

Aussi surprenant que cela puisse paraître, l'obligation pesant sur le législateur est, à bien des égards, particulièrement lourde, notamment si on la compare avec celle pesant sur le pouvoir réglementaire d'exécution des lois.

(31) Voir la décision 2003-468 DC du 3 avril 2003, *préc.*

(32) Décision 2008-564 DC du 19 juin 2008, *préc.*

(33) En ce sens, voir B. Seiller, « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », AJDA 2004. 761 et s.

(34) C'est ce que souligne T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des « exigences constitutionnelles » », RFDC, 2009, 4, p. 749.

(35) Voir la décision 2008-564 DC *préc.*

A. — *Une obligation permanente*

L'obligation normative pesant sur le législateur ne s'épuise pas dans la prise de parole ou, plus exactement dans l'obligation initiale. Elle se prolonge, au contraire, dans le temps : le législateur doit sortir du silence lorsque ce dernier conduirait à méconnaître des exigences constitutionnelles. Il y a là, à l'instar de ce qui est pour le pouvoir réglementaire d'exécution des lois, une obligation que l'on pourrait qualifier de secondaire ou dérivée, à savoir l'obligation de modifier, de compléter ou d'abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées et qui seraient devenues inconstitutionnelles.

On retrouve cette idée dans un certain nombre de décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel met en garde le législateur contre un silence à venir qui serait potentiellement inconstitutionnel, soit que l'application future de la loi révèle son inconstitutionnalité, soit que cette inconstitutionnalité procède d'un changement de circonstances, notamment de fait (36). Cette dernière hypothèse est d'autant plus envisageable que fleurissent les déclarations de constitutionnalité que l'on pourrait qualifier de « circonstanciées », le juge n'admettant la constitutionnalité d'un dispositif législatif qu'en raison de certaines circonstances particulières, en l'état par exemple des connaissances et des techniques (37) ou encore de la situation économique (38).

Cette question prend bien évidemment un relief particulier avec la QPC qui permet, sous certaines conditions, le réexamen d'une loi précédemment jugée constitutionnelle mais qui ne le serait plus, en raison de l'évolution du contexte factuel et/ou juridique comme l'illustre la décision Garde à vue I du 30 juillet 2010. La notion de changements de circonstances de droit ou de fait n'affecte, théoriquement, que les conditions de recevabilité de la QPC. Mais elle souligne le poids de l'obligation de conformité à la Constitution pesant sur le législateur : celui-ci doit veiller à ce que la législation demeure conforme aux exigences

(36) Enjoignant aux pouvoirs publics et plus particulièrement au législateur, si l'évolution des charges pesant sur les départements venait à menacer le principe de libre administration, le soin de prendre les mesures correctrices appropriées, voir les décisions n° 2011-143 QPC du 30 juin 2011, Départements de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault [Concours de l'État au financement par les départements de l'allocation personnalisée d'autonomie], JO du 1^{er} juillet 2011, p. 11299, cons. 11, n° 2011-144 QPC du 30 juin 2011, Départements de l'Hérault et des Côtes-d'Armor [Concours de l'État au financement par les départements de la prestation de compensation du handicap], JO du 1^{er} juillet 2011, p. 11303, cons. 13. Il en va de même dans la décision 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances initiale*, Rec. 168, cons. 99.

(37) Voir par exemple la décision 2001-446 DC du 27 juin 2001, Interruption volontaire de grossesse, Rec. 74, cons. 5, Rec. p. 74.

(38) Voir par exemple la décision 98-401 DC du 10 juin 1998, *Réduction du temps de travail*, Rec. 258, cons. 33. Sur cette question, voir notamment D. Ribes, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 22, 2007, p. 203 et s.

constitutionnelles ; son silence, son abstention à maintenir la constitutionnalité de la loi peut désormais être censurée dans le cadre du contrôle *a posteriori*.

B. — Une obligation dense

Les délais dans lesquels doit se traduire cette obligation normative peuvent apparaître particulièrement exigeants et singulièrement plus contraignants que ceux pesant sur le pouvoir réglementaire d'exécution des lois. En effet, si le Conseil constitutionnel peut accorder au législateur des délais pour légiférer et faire disparaître l'inconstitutionnalité (39), il privilégie, tout particulièrement dans le cadre des décisions QPC, des délais d'abrogation. Ceux-ci se traduisent par la disparition automatique, au terme d'un délai fixé par le Conseil constitutionnel, des dispositions législatives jugées inconstitutionnelles (40). Or ce type de délais est autrement plus contraignant que celui par lequel le juge accorde un temps pour légiférer car il est radical dans ses effets. Il met en lumière, aussitôt qu'il est échu, le vide et la situation de carence du législateur qui n'aurait pas adopté, en temps utile, les dispositions législatives nécessaires.

Par ailleurs, les délais impartis peuvent être plus ou moins clairement définis : par référence à la survenue potentielle d'un certain événement (41), par renvoi à un standard de brièveté ou d'immédiateté (42). Mais ils sont, le plus souvent, assortis d'une date précise, ce que prévoit l'article 62, alinéa 2, en matière de décisions QPC à effet différé et ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel en matière de décisions DC à effet différé. C'est de fait un délai couperet insusceptible d'être prolongé et dont le juge perd la maîtrise (43). Ces délais sont d'autant plus contraignants pour le législateur qu'ils sont relativement brefs, notamment comparés à ceux fixés par exemple par la Cour constitutionnelle allemande (44).

En second lieu, cette obligation de légiférer s'accompagne quasi systématiquement, dès lors qu'elle est mise en lumière, de certaines exigences quant au contenu de la norme à adopter. C'est le cas de l'obligation de transposer les

(39) Par exemple lorsqu'il impose au législateur de prendre des mesures correctrices, soit dans les plus brefs délais, soit si l'évolution des circonstances le justifie.

(40) Distinguant entre les délais d'habilitation, par lesquels le juge constitutionnel indique au législateur le laps de temps au cours duquel la norme déclarée inconstitutionnelle peut encore être appliquée et les délais de sollicitation, par lesquels il indique au législateur le moment pour lequel celui-ci doit avoir produit la norme destinée à faire disparaître l'inconstitutionnalité, voir C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, *op. cit.*, p. 289 et s.

(41) Voir par exemples les décisions 2011-143 et 144 QPC *préc.*

(42) Voir notamment la décision 2003-468 DC *préc.*

(43) Point souligné par C. Behrendt, *op. cit.*

(44) Voir à nouveau sur ce point C. Behrendt, *op. cit.*, p. 370 et suivantes dressant un tableau de la durée des délais accordés au législateur en Belgique et en Allemagne.

directives communautaires, qui se double d'une obligation de bonne transposition, le Conseil constitutionnel n'exerçant toutefois qu'un contrôle limité dans son intensité et dans son champ d'application. Il en va également ainsi de certaines injonctions ou exhortations insérées dans les décisions DC, qui indiquent en réalité clairement au législateur quoi faire, par exemple mettre fin à l'inégalité de l'assemblée territoriale de Corse en étendant à cette dernière les règles relatives à la parité (45).

Le phénomène est tout particulièrement vrai s'agissant des QPC, bien que le Conseil constitutionnel rappelle qu'il « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que le Parlement* » et qu' « *il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles* » nécessaires pour remédier aux inconstitutionnalités constatées (46). Ainsi n'hésite-t-il pas à énoncer de véritables directives de réécriture de la loi (47) ou encore, ce qui est plus novateur, à prescrire au législateur les modalités d'application dans le temps de la future loi (48).

Reste à savoir comment contraindre le législateur à sortir de son silence et sanctionner son éventuel mutisme.

III. — LA POSSIBILITÉ D'UNE SANCTION

À première vue, le juge français n'est pas armé pour sanctionner le silence du législateur, quand bien même pèserait sur ce dernier une obligation d'agir. On relèvera cependant que, dans les pays qui disposent d'un contrôle de constitutionnalité par omission, la sanction du silence se résume à un jugement « déclaratif » constatant l'omission ou la carence et que cette procédure est d'ailleurs peu utilisée (49) ; dans les systèmes qui n'en disposent pas, les juges constitutionnels ont su laisser libre cours à leur ingéniosité pour appréhender et sanctionner le silence du législateur.

(45) Décision 2003-468 DC *préc.*

(46) Voir par exemple les décisions n° 2010-14/22 QPC *préc.* cons. 30 et 2010-32 QPC *préc.*, cons. 9.

(47) Les commentaires aux Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel sont également instructifs : par exemple, le commentaire sous la décision n° 2011-112 QPC *préc.*, invite le législateur à « *étendre le bénéfice des dispositions de l'article 618-1 du CPP à la personne poursuivie et innocentée, en prévoyant simultanément l'application des nouvelles dispositions aux instances en cours devant la Haute juridiction judiciaire* ».

(48) Ainsi a-t-il enjoint au législateur, au nom de « l'effet utile » de la décision QPC, de prévoir la rétroactivité des nouvelles dispositions législatives aux instances en cours à la date de la décision rendue, voir par exemple la décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, Consorts L. [Cristallisation des pensions] ; JO du 29 mai 2010, p. 9728, cons. 12.

(49) Sur le système brésilien et le recours en inconstitutionnalité par omission, voir « Questions au président du Tribunal fédéral suprême de la République fédérale du Brésil Gilmar Ferreira Mendes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, août 2009.

A. — *La justiciabilité du silence*

La question peut paraître incongrue dans la mesure où, précisément, le juge n'a pas de prise sur l'absence de norme législative (50). Cela étant, le recours au principe d'égalité apparaît comme un moyen privilégié pour dénoncer les silences du législateur (51), tout particulièrement dans le cadre de la QPC (52). Il permet d'abord de sanctionner une restriction injustifiée dans le mécanisme, le champ d'application d'un dispositif : le législateur n'a pas étendu le dispositif à telle ou telle catégorie de bénéficiaire, ce qui pose d'ailleurs un véritable problème au juge constitutionnel (53). C'est ce que l'on appelle parfois la sanction des silences « relatifs » du législateur. Mais le respect du principe d'égalité va au-delà, en incitant à sanctionner le manque d'une norme connexe au dispositif considéré. C'est par exemple l'argumentation développée par les requérants s'agissant du mariage entre personnes du même sexe : si le Conseil constitutionnel botte en touche, c'est bien un silence « absolu » que l'on cherche à sanctionner, le silence du législateur qui aurait dû étendre le mariage aux couples homosexuels (54).

Cela étant, une fois le silence du législateur constaté, le juge n'a pas les pouvoirs d'y remédier ou, plus exactement, de contraindre le législateur à parler et à adopter une norme positive (55). Il ne peut que déplorer son absence. La question prend un relief particulier s'agissant des QPC à effet différé, qui

(50) Sauf à considérer que le silence du législateur fait naître, à la suite d'une injonction du Conseil constitutionnel, une norme implicite de refus, susceptible d'être annulée.

(51) Le lien entre principe d'égalité et les lacunes de la loi a fait l'objet de nombreux développements dans la littérature étrangère, notamment en Belgique : voir par exemple J. Kirkpatrick et S. Nudelhoc, « Les questions préjudicielles sur les violations du principe constitutionnel d'égalité résultant de lacunes de la loi et les rapports entre la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage », in *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 785 ; B. Renaud, « Les illusions de l'égalité ou de nivellement par le bas' à la lacune' », in *Liber amicorum Paul Martens, op. cit.*, p. 419.

(52) Soulevée à l'occasion d'un cas concret et individuel, la QPC révèle plus facilement une atteinte à l'égalité résultant d'un silence législatif.

(53) En effet, l'annulation aboutit, dans ce cas, à priver l'ensemble des bénéficiaires du dispositif litigieux, ce qui conduit le Conseil constitutionnel à privilégier l'abrogation à effet différé, laissant le temps au législateur de décider de la solution à adopter.

(54) Décision 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe], JO du 29 janvier 2011, p. 1894, cons. 9.

(55) La motivation est très nette dans la décision 2003-483 DC du 22 août 2003, *Réforme des retraites*, Rec. 430, les requérants soutenant que la modulation de la durée d'assurance pour les femmes ayant élevé des enfants était contraire au principe d'égalité et demandant au Conseil « de juger qu'une mesure analogue à celle prévue à l'article 32 devra intervenir pour les hommes comme pour les femmes » : « le Conseil constitutionnel ne saurait, sans outrepasser les limites des pouvoirs que lui a confiés la Constitution, adresser une telle injonction au législateur » (cons. 26).

imposent l'intervention du législateur lorsque l'abrogation, et donc le silence de ce dernier, conduirait à méconnaître des exigences constitutionnelles. Comment faire si la conjoncture politique par exemple devait rendre impossible l'adoption d'une loi dans les délais impartis par le Conseil ? Comment assurer alors la protection de ces exigences constitutionnelles ?

Serait-il par ailleurs envisageable que la justiciabilité du silence passe par l'engagement de la responsabilité du législateur ? Le parallèle qui vient immédiatement à l'esprit est celui de l'obligation de transposition des directives, dont la méconnaissance est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique, en droit communautaire comme en droit interne. Mais le juge administratif refuse d'admettre la responsabilité pour faute du législateur (56), se réfugiant derrière la théorie dite du « règlement écran » (57) ou encore élaborant un régime *sui generis* de responsabilité administrative (58).

Cette hypothèse suppose néanmoins que soit reconnue une responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles (59), dont pourrait découler une responsabilité du fait de l'absence inconstitutionnelle de lois. Serait-ce une responsabilité pour faute ou sans faute, à l'image de la responsabilité du fait des lois, qui deviendrait alors une responsabilité du fait de l'absence de lois ? Le dommage subi devrait-il être anormal et spécial ? Peut-on imaginer un « dommage constitutionnel », qui serait un dommage résultant du droit au respect des exigences constitutionnelles, droit méconnu par le silence du législateur ?

B. — *Les palliatifs du silence*

La question de savoir comment obliger le législateur à adopter des normes positives ne connaît pour l'instant pas de solution, si ce n'est d'admettre des compétences palliatives, qui demeurent néanmoins étroitement circonscrites.

(56) À l'exclusion de l'arrêt CAA Paris, 1^{er} juill. 1992, Sté Jacques Dangeville, AJDA 1992, p. 768, note X. Prétot ; Dr. fisc. 1992, n° 1665, concl. Bernault ; JCP G 1993, I, 3645, obs. Picard, qui reconnaît la faute du législateur ou, plus exactement, « la situation illicite » résultant de la non transposition dans les délais d'une directive communautaire, en l'absence d'acte réglementaire susceptible de faire « écran » — censurant la cour pour une raison procédurale, voir CE, ass., 30 oct. 1996, Ministre du budget c/ S.A. Jacques Dangeville, n° 141043, Rec. 399.

(57) Selon laquelle la source de l'illégalité n'est pas dans la loi mais dans l'acte réglementaire soumis au juge administratif.

(58) C'est la subtilité de l'arrêt Gardedieu du 8 février 2007, dont la solution a été étendue, non pas à une intervention positive du législateur mais à un préjudice causé par son abstention, l'absence de transposition d'une directive dans le délai prescrit (voir TA Lille, 10 nov. 2009, req. n° 0702487, M. Camuset, AJDA 2010. 515, concl. C.-É. Minet, cité par S. Henette Vauchez, « Responsabilité sans faute », Rép. resp. puis. pub. Dalloz).

(59) Sur l'éventuelle responsabilité du législateur du fait de dispositions inconstitutionnelles, voir H. Hoepffner, « Vers une interprétation autonome des conditions de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité », DA, mai 2011, p. 7 à propos de l'arrêt CE, 17 décembre 2010, Pierre L., n° 343752.

L'hypothèse de la substitution du pouvoir réglementaire, pour classique qu'elle soit, n'en demeure pas moins d'actualité. On relèvera tout d'abord que, dans certains cas, cette substitution est organisée par le pouvoir constituant lui-même, comme l'illustrent les articles 47 et 47-1 de la Constitution.

On ne reviendra pas sur l'hypothèse de l'arrêt Dehaene, qui admet la compétence du pouvoir réglementaire pour réglementer le droit de grève, solution réaffirmée malgré l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 et la réserve de loi établie par son article 34, ou encore sur l'hypothèse de l'arrêt Meyet, tirant les conséquences de ce que « *manquent les dispositions législatives nécessaires* » à l'organisation des modalités du référendum pour admettre la compétence du pouvoir réglementaire (60).

On ajoutera que cette compétence de substitution est tout à fait confirmée par la décision OGM de 2008 (61) qui diffère dans le temps les effets d'une décision DC : en tolérant l'incompétence négative du législateur, le Conseil constitutionnel admet, tout au moins provisoirement, l'intervention palliative du pouvoir réglementaire.

La deuxième hypothèse est celle de la substitution du pouvoir juridictionnel, en l'espèce de celle du Conseil constitutionnel, tirant les conséquences du silence du législateur. Ainsi n'a-t-il pas hésité, dans certaines décisions QPC d'abrogation, à prescrire les mesures provisoires applicables dans l'attente de l'intervention du législateur (62). C'est ainsi presque préventivement qu'il censure le silence potentiel du législateur, en se substituant par avance à ce dernier.

Sans doute le recours aux réserves d'interprétation peut-il être perçu comme un moyen pour le juge constitutionnel de pallier le silence législatif. On relèvera toutefois que ces réserves d'interprétation, quand bien même elles seraient qualifiées de « constructives », ne peuvent réparer qu'à la marge les silences, d'abord en ce qu'elles présupposent l'existence d'une loi sur laquelle va s'exercer l'interprétation du Conseil constitutionnel et, ensuite, parce qu'elles s'insèrent nécessairement dans le cadre tracé par le législateur. Mais il s'agit bien là d'autant d'hypothèses dans lesquelles le juge constitutionnel tente, à l'instar d'autres cours constitutionnelles, de s'extirper du carcan de législateur négatif qui l'enserme (63).

(60) Sur ces deux points, voir notamment F. Miatti, « Le juge constitutionnel, le juge administratif, et l'abstention du Législateur », *Petites affiches*, 29 avril 1996 n° 52, p. 4 et s.

(61) Décision 2008-464 DC *préc.*

(62) Voir typiquement la décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux], JO du 3 juillet 2010, p. 12120, cons. 5 ; n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale], JO du 26 mars 2011, p. 5406, cons. 9 qui retient néanmoins une formulation un peu moins péremptoire.

(63) Dans sa préface à la thèse de C. Behrendt, qui juge que le modèle du législateur négatif est obsolète, O. Pfersmann parle de « législateur juridictionnel correctif », dont le législateur juridictionnel négatif ne serait alors qu'un cas particulier (préface, p. XXXII).

Cette question de l'obligation légiférer, de même que les pistes ainsi esquissées, peut sembler aboutir à une conception singulièrement réductrice du législateur, qui serait ravalé au rang d'organe d'exécution de la Constitution à l'instar du pouvoir réglementaire d'exécution des lois. Pourtant, soutenir que, dans certains cas, pèse sur lui une obligation de légiférer ne le cantonne pas à un simple pouvoir d'exécution : la marge d'appréciation dont il dispose resurgit dans le contenu de la législation à adopter, qui dépend du degré de prédétermination des normes constitutionnelles ou, plus certainement encore, de l'interprétation qu'en retient le juge constitutionnel. Cette question conduit également à privilégier une certaine perception de la Constitution, qui n'est plus conçue comme une seule norme d'habilitation : la Constitution ne distribue et répartit les compétences qu'en vue de la réalisation des principes qu'elle pose. Ces derniers ne peuvent demeurer à la discrétion des autorités normatives. C'est en ce sens que prévaut un principe d'indisponibilité des compétences (64) : le législateur doit exercer lui-même le pouvoir dont il est investi ; surtout, il ne peut pas renoncer à l'exercer lorsque ce renoncement reviendrait à méconnaître la volonté du constituant. Cette question du silence législatif favorise enfin une certaine conception des droits et libertés, désormais pleinement opposables aux pouvoirs publics, y compris au législateur. Sur l'ensemble de ces points, la QPC, qui ne permet pas en soi de contrôler le silence législatif, contribue néanmoins à redessiner les perspectives (65). En effet, elle s'intéresse moins à la manière dont s'exerce la compétence législative qu'à son résultat, le respect des droits et libertés que la Constitution garantit ; surtout, elle illustre la possibilité d'une initiative et d'une compétence législatives, si ce n'est liées, tout au moins contraintes. Dans le même temps, et aussi paradoxal que cela puisse paraître, elle réaffirme le rôle fondamental du législateur et le replace au cœur de la protection des droits et des libertés.

Ariane VIDAL-NAQUET

Professeure à l'Université Aix-Marseille,
ILF-GERJC

(64) Sur ce point, voir J.-M. Maillot, « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *Petites affiches*, 28 septembre 2004, n° 194, p. 3.

(65) La formulation de l'article 61-1, la contestation d'une « disposition législative » portant atteinte aux droits et libertés, semble exclure que soit contestée son absence.