

Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel

Ariane Vidal-Naquet

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2006/3 n° 67 , PAGES 535 À 570
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130556107

DOI 10.3917/rfdc.067.0535

Date de mise en ligne : 01/12/2008

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2006-3-page-535?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 Presses Universitaires de France.

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.

Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel¹

ARIANE VIDAL-NAQUET*

La place acquise par les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel n'est pas qu'une fantaisie de technique rédactionnelle ; elle est au cœur de la décision et de l'autorité de la jurisprudence constitutionnelle.

Certes, les premières décisions rendues par le Conseil constitutionnel comportent des visas mais celui-ci se contente alors de mentionner la Constitution du 4 octobre 1958 et l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Par ces visas, il énonce le texte auquel il va confronter les éléments qui lui sont soumis ainsi que les titres attributifs de sa propre compétence. Le rapprochement avec deux décisions constitutionnelles récentes est édifiant. A l'occasion de l'adoption de la loi de finances pour 2006, le Conseil constitutionnel vise, outre la Constitution et l'ordonnance n° 58-1067, une loi organique, cinq codes, plusieurs de ses propres décisions ainsi qu'une loi ordinaire². Lors du contrôle de la loi de finances rectificative pour 2005, le Conseil intègre notamment dans les visas une directive communautaire, un arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes ainsi qu'une décision du Conseil d'État statuant au contentieux³. Ce rapprochement témoigne d'une inflation quantita-

Ariane Vidal-Naquet, professeur agrégé des Facultés de droit.

* Je tiens à remercier M. Régis Fraisse, chef du Service juridique du Conseil constitutionnel, des précieuses informations qu'il a bien voulu me communiquer.

1. Décision 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances initiale, JO, 31 décembre 2005, p. 20705.

2. Décision 2005-531 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances rectificative, JO, 31 décembre 2005, p. 20730.

3. Voir toutefois G. Drago, « La fonction nouvelle du visa dans les décisions du Conseil constitutionnel », *Justices*, 1995, 1, p. 195 et N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, p. 461 et s. Il faut noter que le terme de visa ne figure dans aucun manuel ou ouvrage relatif au contentieux constitutionnel, à l'exception de G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998.

Revue française de Droit constitutionnel, 67, 2006

tive des visas mais également d'une nette diversification des éléments retenus par le juge constitutionnel. Cette évolution dans la rédaction des décisions a-t-elle une influence significative sur l'exercice du contrôle de constitutionnalité ?

La question des visas est peu abordée par la doctrine⁴. L'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958 relative au Conseil constitutionnel ne leur réserve pas de sort particulier. Seul le règlement applicable à la procédure suivie pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs du 31 mai 1959 précise, dans son article 18, que les décisions du Conseil constitutionnel doivent comporter « les visas des textes applicables, les motifs sur lesquels elles reposent et un dispositif ». Les visas sont ainsi caractérisés par leur place et par leur rôle : figurant avant les motifs et le dispositif, ils ont vocation à regrouper les textes applicables. Cette double caractéristique peut être identifiée dans d'autres contentieux. En matière judiciaire, la Cour de cassation est tenue de faire figurer un visa en tête de ses arrêts de cassation⁵. Le visa a pour objet de préciser le texte appartenant au droit positif qui n'a pas été correctement appliqué par la décision attaquée. En matière administrative, l'article R. 741-2 du Code de justice administrative précise quelles sont les « mentions obligatoires de la décision » : celle-ci doit contenir « le nom des parties, l'analyse des conclusions et mémoires ainsi que les visas des dispositions législatives ou réglementaires dont elle fait application »⁶. En revanche, dans les règlements des juridictions européennes ou internationales, les visas sont ignorés au profit d'une obligation générale de motivation⁷.

En dissociant leur emplacement dans la décision juridictionnelle de leur fonction, il est en réalité possible de distinguer deux approches des visas. Au sens large, les visas regroupent tout ce qui figure en tête de la

4. Cette obligation est posée par l'article 1020 du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose que « l'arrêt vise le texte de loi sur lequel la cassation est fondée ». Cette formulation implique que les visas ne sont obligatoires que pour les décisions de censure. Toutefois, ils peuvent également accompagner des arrêts prononçant une irrecevabilité ou des arrêts de rejet : à ce sujet, voir notamment A. Perdriau, « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », JCP, 1986, I, 3257.

5. Les mémoires échangés par les parties et les pièces produites doivent être, en vertu des règles générales de procédure applicables à toute juridiction administrative, analysés (CE, 13 juillet 1963, Cassel, Rec. 467 ; CE, 15 juin 1987, Grezes, Rec. 807). Cette analyse, qui n'est généralement pas reproduite dans les recueils de jurisprudence en raison de sa longueur, est suivie de l'indication des textes législatifs et réglementaires en cause, textes relatifs aussi bien à la compétence de la juridiction et à la procédure suivie devant elle qu'aux questions de fond posées par le litige. Sur ce point, voir notamment R. Chapus, *Contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 11^e éd., 2004, p. 997, n° 1173.

6. Voir par exemple l'article 36 du statut de la Cour de justice des communautés européennes, l'article 74 du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme ou encore l'article 56, alinéa 1^{er} du statut de la Cour internationale de justice.

7. En ce sens, voir R. Chapus, op. cit., n° 1172 et s. Intégrant l'identification des auteurs de la demande, le fondement de la saisine, son objet et sa date dans les visas, voir B. Poulain, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Paris, Economica, PUAM, 1990, p. 62.

décision, c'est-à-dire l'identification des parties ou de la juridiction, l'analyse des pièces et les textes applicables⁸. A ce titre, l'évolution des mentions figurant dans les décisions du Conseil constitutionnel témoigne d'une juridictionnalisation accrue de la procédure suivie⁹. En matière électorale, le Conseil constitutionnel évoquait déjà les « pièces produites et jointes au dossier »¹⁰ ; juge de la constitutionnalité des lois, il n'hésite plus à viser l'argumentation des « parties », renvoyant aux observations présentées par le Gouvernement voire aux observations en réponse ou aux mémoires ampliatifs déposés par les saisissants¹¹. Le Conseil n'étant pas lié par l'argumentation des requérants, ces mentions n'ont pas un caractère déterminant : elles révèlent néanmoins un renforcement du caractère contradictoire de la procédure¹². Dans un sens plus strict, les visas renvoient uniquement aux textes dont il est fait application, se distinguant ainsi des mentions ou « chapeaux ». Cette conception restrictive permet de préserver une certaine homogénéité de la notion, en insistant sur sa fonction. Surtout, elle contribue à infléchir la conception traditionnelle du rôle des visas dans la décision juridictionnelle.

En effet, les visas sont généralement analysés comme une technique de présentation formelle de la décision, témoignant de la régularité du jugement rendu et permettant d'en apprécier la légalité externe¹³. Mais, dans la mesure où ils mentionnent les textes applicables, ils renseignent également sur la motivation de la décision et se rapportent ainsi à sa légalité interne. Placés en exergue du jugement, les visas indiquent les éléments que le juge a « vus » avant de rendre sa décision. La forme rejoint alors le fond. Au-delà de la régularité formelle du jugement, les

8. L'importance des visas révélerait la volonté du Conseil constitutionnel de se rapprocher des juges ordinaires (A. Derrien, *Les juges français de la constitutionnalité*, Athènes, Sakkoulas, Bruylant, 2003, p. 183).

9. Cette formule a pu être utilisée épisodiquement en matière de contrôle de constitutionnalité des normes au cours de l'année 2003 mais disparaît l'année suivante.

10. Utilisée pour la première fois dans la décision 72-48 DC, la formule « où le rapporteur en son rapport » se généralise l'année suivante et se transforme en « le rapporteur ayant été entendu » au cours de l'année 1983. Dès la décision 75-54 DC du 15 janvier 1975, interruption volontaire de grossesse, Rec. 19, le Conseil constitutionnel mentionne « les observations produites à l'appui » de la saisine. Au cours des années 1989-1990 apparaissent dans les visas les mémoires ampliatifs et des mémoires complémentaires, tandis que les observations du Gouvernement sont visées quasi systématiquement à partir de l'année 1995, date à laquelle elles deviennent publiées au Journal Officiel.

11. La rédaction de certaines décisions peut sembler à ce titre exemplaire, par exemple la décision 97-388 DC du 20 mars 1997, Fonds de pension, Rec. 31, qui vise les observations du Gouvernement, les observations en réplique présentées par les auteurs de la saisine, les observations en réponse du Gouvernement et enfin les nouvelles observations en réplique. Pour d'autres exemples, voir la décision 2003-468 DC du 3 avril 2003, Election des conseillers régionaux et européens, Rec. 325 ou encore 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, Communications électroniques, Rec. 107.

12. En ce sens, voir Jurisclasseur, *Contentieux administratif*, « Jugement », n° 97.

13. L'absence de visas rédigés en bonne et due forme ne vicie pas le jugement, si sa motivation renseigne suffisamment sur les moyens et conclusions des parties ainsi que sur les textes appliqués. Pour un état de la jurisprudence, voir R. Chapus, *op. cit.*, n° 1173-3°.

visas révèlent la base du cheminement juridique. Le lien entre motivation et visas est illustré par la souplesse de la jurisprudence administrative, admettant que la motivation puisse suppléer à l'insuffisance des visas¹⁴. En sens inverse, le visa rejoint la motivation des décisions juridictionnelles, indiquant la base légale à partir duquel le juge va élaborer son raisonnement.

Exposant les textes applicables, les visas participent alors à la formation de la « majeure » c'est-à-dire à la construction du syllogisme juridictionnel. Cette figure suppose la mise en œuvre d'un raisonnement juridique bâti sur le modèle de la subsumption, le juge appliquant une règle générale à un cas particulier¹⁵. Par les visas, le juge rappelle les textes dont, théoriquement, la décision n'est qu'une application. L'office du juge est ainsi réduit à la mise en œuvre d'une démarche supposant la confrontation entre des normes hiérarchisées. Implicitement, ce modèle repose sur une logique de verticalité : norme inférieure confrontée à une norme supérieure dont découle la décision juridictionnelle. Or le Conseil constitutionnel vise bien d'autres éléments que ceux dont il est censé faire application : lois organiques, engagements internationaux, droit communautaire dérivé, lois, décrets, décisions juridictionnelles. Faut-il en conclure qu'il examine la conformité des textes qui lui sont soumis à l'ensemble des éléments cités dans les visas et que ceux-ci acquièrent, de ce seul fait, un rang supérieur à la norme contrôlée ?

L'évolution des visas témoigne de l'obsolescence de cette construction verticale. Les visas regroupent les textes qui justifient la décision rendue par le juge mais leur emplacement matériel, figurant en tête de la décision, ne les place pas en position de supériorité par rapport à la norme contrôlée. La diversification des visas traduit la mise en œuvre concurrente d'une logique horizontale, justifiée par la construction du syllogisme juridictionnel. Avant de confronter, il faut déterminer la majeure et identifier la mineure, faisant ainsi intervenir le travail d'interprétation juridictionnel¹⁶. En ce sens, les visas ne doivent pas être uniquement

14. L'article 20 relatif au fonctionnement du Conseil constitutionnel, et notamment aux « dispositions communes », précise que « la déclaration du Conseil constitutionnel est motivée ». Ainsi, lorsqu'il examine les textes de forme législative, le Conseil constitutionnel doit constater, « par une déclaration motivée », le caractère législatif ou réglementaire des dispositions qui lui sont soumises. En matière de contentieux de l'élection des députés et des sénateurs, l'article 40 prévoit que le Conseil constitutionnel « statue par une décision motivée ». Consulté par le Président de la République sur la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution, le Conseil constitutionnel émet un « avis motivé et publié ».

15. Voir P. Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 115, not. p. 123.

16. L'interprétation est ici entendue comme l'opération par laquelle une signification est attribuée à un texte et comme le produit de cette interprétation. Sur la distinction entre interprétation et qualification, voir notamment P. Amselek, « L'interprétation à tort et à travers », in *Interprétation et droit*, s.d. P. Amselek, Bruxelles, Bruylant, PUAM, 1995, p. 11, not. p. 23.

appréciés dans une logique de confrontation. Si, techniquement, ils servent à justifier le sens de la décision, ils y concourent différemment. Par contrecoup, la décision juridictionnelle emprunte à l'autorité des éléments cités en visas¹⁷. Le visa rejoint ainsi son acception courante de validation et d'authentification. La place prise par les visas est alors d'autant plus remarquable que, dans le silence de l'ordonnance relative au Conseil constitutionnel, elle résulte d'une démarche délibérée, destinée à asseoir l'autorité de la solution donnée par le juge. En multipliant les visas, le Conseil inscrit cette solution dans une perspective élargie, l'intégrant dans le droit positif textuel et jurisprudentiel. L'utilisation des visas dépasse alors le seul cadre de la décision, pour participer à la légitimation de la jurisprudence et de l'office du juge constitutionnel. C'est en ce sens que dessine une véritable « politique des visas ».

L'apport des visas aux décisions du Conseil constitutionnel est double. Ils revêtent d'abord une utilité technique : témoignant d'une véritable modification dans la rédaction des décisions, ils concourent différemment à la construction de celles-ci. A cela s'ajoute une utilisation politique des visas par le juge constitutionnel, qui lui permet de justifier l'interprétation constitutionnelle et de clarifier le statut de sa propre jurisprudence.

I – L'UTILITÉ TECHNIQUE DES VISAS DANS LES DÉCISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Rares sont aujourd'hui les décisions qui se bornent à viser la Constitution et l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel¹⁸. Bien que l'évolution ne soit pas linéaire, c'est essentiellement dans les années 1990 que les visas s'étoffent considérablement d'un point de vue qualitatif et quantitatif. Compte tenu de la diversité des éléments visés par le Conseil constitutionnel, la fonction traditionnelle des visas doit être reconsidérée. Certes, ils contribuent à la construction de la décision rendue par le Conseil constitutionnel mais ne doivent pas être appréciés uniquement dans une logique de verticalité.

A – UNE MODIFICATION DANS LA RÉDACTION DES DÉCISIONS

La multiplication des visas peut sembler excessive et anarchique. Le Conseil constitutionnel les rédige pourtant avec soin. En particulier,

17. Selon la formule d'Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, p. 78.

18. Voir par exemple la décision 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales, Rec. 71.

l'ordre d'énumération des visas respecte une certaine hiérarchie : Constitution et ordonnance n° 58-1067, puis, s'il y a lieu et par ordre d'apparition, engagement internationaux, lois organiques, lois ordinaires et codes, décrets, décisions juridictionnelles¹⁹. Le Conseil constitutionnel ne vise jamais, contrairement à la Cour de cassation par exemple, de principes généraux²⁰. En revanche, il est l'une des rares juridictions à viser sa propre jurisprudence.

1 – L'extension des visas textuels

Bien que la Constitution et la loi organique relative au Conseil constitutionnel soient visées avec une grande constance, quelques nuances apparaissent dans la rédaction des décisions. Le Conseil constitutionnel individualise parfois le Préambule de la Constitution ou certaines de ses dispositions. Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ou la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen peuvent ainsi figurer distinctement parmi les visas²¹. Saisi de la loi visant à abrégé le mandat des membres de l'Assemblée nationale, le Conseil constitutionnel vise la Constitution « et notamment ses articles 3, 25, 45, 46 et 61 » relatifs à l'exercice du pouvoir de suffrage, aux pouvoirs des assemblées, à la procédure législative ordinaire et organique ainsi qu'à la compétence du Conseil constitutionnel²². Certaines dispositions de l'ordonnance organique relative au Conseil constitutionnel, visée compte tenu des modifications dont elle a été l'objet²³, peuvent également être distinguées de façon plus ou moins précise²⁴.

19. Dérageant à cet ordre en visant les lois ordinaires avant les lois organiques, voir la décision 96-373 DC du 9 avril 1996, Autonomie de la Polynésie française I, Rec. 43. Les codes ont pu être cités par ordre chronologique, ils le sont aujourd'hui généralement par ordre alphabétique ; parfois, ils le sont en fonction de leur importance pour la décision rendue. Pour un exemple de décision retenant, dans l'énumération des visas, un ordre chronologique, dans un souci essentiellement pédagogique, voir la décision n° 2005-202 L du 17 novembre 2005, JO, 23 novembre 2005, p. 1872.

20. Sur la présence de principes généraux du droit dans les décisions rendues par la Cour de cassation, voir notamment P. Morvan, « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit « hors la loi » », LPA, 8 juin 2005, n° 113, p. 5.

21. Voir notamment une série de décisions : 93-325 DC du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration, Rec. 224 ; 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Bioéthique, Rec. 100 ; 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi Toubon, Rec. 106 ; 94-346 DC du 21 juillet 1994, Inaliénabilité du domaine public, Rec. 96 ; 94-347 DC du 3 août 1994, Actionnaires d'Air France, Rec. 113. Pour un exemple récent, voir la décision 98-408 DC du 22 janvier 1999, Cour pénale internationale, Rec. 29.

22. Décision 2001-444 DC du 9 mai 2001, Expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale, Rec. 59.

23. Pour une énumération des modifications dont elle a fait l'objet, voir par exemple la décision 92-313 DC du 23 septembre 1992, Maastricht III, Rec. 94.

24. De manière assez générale, le Conseil constitutionnel vise son chapitre II, relatif aux déclarations de conformité à la Constitution (voir par exemple la décision 2001-457 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances rectificative pour 2001, Rec. 192 ou, citant précisément les articles concernés, la décision 92-312 DC du 2 septembre 1992, Maastricht II, Rec. 76). Statuant en matière de délégalisation, il vise ses articles 24, 25 et 26 (par exemple décision 96-

Plus originale en revanche est l'apparition parmi les visas d'autres textes normatifs. C'est ainsi que peuvent figurer parmi les visas des lois organiques : lois organiques relatives aux lois de finances²⁵ ou aux lois de financement de la sécurité sociale²⁶ mais aussi, par exemple, lois organiques relatives à la magistrature²⁷. Outre les lois organiques, les visas sont très fréquemment enrichis de dispositions législatives et réglementaires, le Conseil constitutionnel visant des Codes dans leur entier, des lois, des ordonnances, des décrets²⁸. Dans la décision du 20 janvier 1993, Prévention de la corruption, près de dix-neuf textes sont visés, dont une dizaine de lois et six codes²⁹. Lors de l'examen de la Loi relative à la sécurité intérieure, le Conseil constitutionnel vise notamment cinq codes, quatorze lois et deux ordonnances³⁰. A cet égard, le Conseil constitutionnel est très précis, énonçant avec une grande minutie le numéro exact des lois, voire les modifications dont elles ont pu faire l'objet³¹. Outre les dispositions réglementaires figurant dans les Codes, des décrets peuvent être expressément intégrés parmi les visas. C'est ainsi que dans la décision Loi de finances pour 1975 sont visés les décrets n° 68-1154 du 2 décembre 1968 portant création d'un comité interministériel pour l'information et n° 74-590 du 12 juin 1974 portant création d'une délégation générale à l'information³².

178 L du 5 septembre 1996, Rec. 113). Juge électoral, le Conseil constitutionnel vise par exemple l'article 38, alinéa 2, de l'ordonnance qui autorise le rejet, sans instruction contradictoire préalable, de certaines requêtes (décision 2005-3409 du 13 octobre 2005, AN Hauts-de-Seine, JO, 20 octobre 2005, p. 16611).

25. Ainsi, l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 est citée pour la première fois dans la décision 60-8 DC du 11 août 1960, Redevance radio-télévision, Rec. 25. Visée avec une grande constance, elle est ensuite remplacée par la loi organique du 1^{er} août 2001 (voir par exemple la décision 2001-457 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances rectificative pour 2001, Rec. 192). Dans la décision 2003-488 DC du 29 décembre 2003, Loi de finances rectificative pour 2003, Rec. 480, le Conseil constitutionnel vise l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 et la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, prenant soin de préciser dans le corps même de la décision l'échéancier de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi organique (cons. 3).

26. La loi n° 96-646 du 22 juillet 1996 relative aux lois de financement de la sécurité sociale a été modifiée par la loi organique n° 2005-881 du 2 août 2005, visée par exemple dans la décision 2005-526 DC du 13 octobre 2005, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, JO, 20 octobre 2005, p. 16610.

27. Intégrant dans les visas plusieurs lois organiques relatives aux magistrats, à leur statut ou au CSM, voir par exemple les décisions 92-305 DC du 21 février 1992, Statut de la magistrature, Rec. 27 ou 94-355 DC du 10 janvier 1995, Statut de la magistrature, Rec. 151.

28. Il arrive que certaines dispositions de Codes ou de lois soient individualisées, par exemple l'article 1382 du Code civil (décision 91-303 DC du 15 janvier 1992, Protection des consommateurs, Rec. 15).

29. Décision 92-316 DC du 20 janvier 1993, Prévention de la corruption, Rec. 14. Pour des exemples similaires, voir les décisions 93-325 DC du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration, Rec. 224, 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, Rec. 49.

30. Décision 2003-467 DC du 13 mars 2003, Sécurité intérieure, Rec. 211.

31. Sur la pratique de la Cour de cassation, qui se contente généralement de mentionner leur date d'adoption, voir A. Perdreau, « Visas, "chapeaux" et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », JCP, 1986, I, 3257.

32. Décision 74-53 DC du 30 décembre 1974, Délégation générale à l'information, Rec. 28. Pour un exemple de décret visé lorsque le Conseil constitutionnel statue en matière de délégation, voir la décision 70-61 L du 23 février 1970, Rec. 37.

La présence d'engagements internationaux parmi les visas n'est pas nouvelle. Visant pour la première fois les traités communautaires en 1970³³, le Conseil constitutionnel prend acte de l'évolution de la construction communautaire ; insérant parmi les visas le traité de Maastricht³⁴ ou la Convention de Schengen³⁵, il en retrace parfois même tout l'historique sur plusieurs pages de visas³⁶. Peuvent être également visés la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁷ ainsi que divers traités relatifs au droit humanitaire³⁸. Certaines particularités de rédaction doivent être relevées. Les engagements internationaux sont visés avec d'autant moins de précision qu'ils sont connus³⁹. Bien que cette pratique ne soit pas systématique, il arrive que le Conseil constitutionnel vise les lois autorisant la ratification des traités ainsi que les décrets portant publication⁴⁰, voire la loi autorisant le Président de la République à ratifier ces traités⁴¹. La décision Maastricht I est, à cet égard, presque caricaturale, visant dix-sept lois de ratification ensemble les décrets de publication⁴². Les visas peuvent également com-

33. Saisi sur le fondement de l'article 54 sur le traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970, le Conseil vise les traités du 18 avril 1951 instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, du 25 mars 1957 instituant la communauté économique européenne, du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique et du 8 avril 1965 instituant un Conseil unique et une Commission unique des Communautés européennes (décision 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traités des communautés européennes*, Rec. 15).

34. Dans la décision 93-324 DC, *Indépendance de la Banque de France*, le Conseil constitutionnel est saisi dans le cadre de l'article 61 du nouveau statut de la Banque de France et vise le traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992.

35. Voir par exemple la décision 93-323 DC du 5 août 1993, *Contrôles d'identité*, Rec. 213.

36. Voir en particulier la décision 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, Rec. 344. Récemment, le Conseil constitutionnel a préféré retenir une formulation plus condensée, visant le traité instituant la Communauté européenne, le traité sur l'Union européenne et « les autres engagements souscrits par la France et relatifs aux Communautés européennes et à l'Union européenne » (décision 04-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173).

37. Décision 85-188 DC du 22 mai 1985, *Protocole n° 6*, Rec. 15. Pour un exemple récent, voir la décision 2003-467 DC précitée.

38. Décision 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale*, Rec. 29.

39. Voir à titre d'exemple la dissymétrie entre les décisions 2005-524/525 du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, JO, 20 octobre 2005, p. 16609, visant « la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » ainsi que le « pacte international relatif aux droits civils et politiques » sans plus de précision, et 2005-514 DC du 28 avril 2005, *Registre international français*, JO, 4 mai 2005, p. 7702, visant avec une grande minutie plusieurs conventions internationales.

40. Cette pratique est ancienne. Voir par exemple la décision 89-255 DC du 4 juillet 1989, *Règlement de l'Assemblée nationale*, Rec. 47, visant « le décret n° 67-606 du 28 juillet 1967 portant publication du traité instituant un Conseil unique et une commission unique des Communautés européennes, du protocole, de l'acte final et de ses annexes, signés le 28 avril 1965 » ou la décision 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, Rec. 91, vise le décret portant publication de l'accord signé à Schengen le 14 juin 1985.

41. Décision 91-293 DC du 23 juillet 1991, *Accès des étrangers à la fonction publique*, Rec. 77, visant la « loi n° 57-880 du 2 août 1957 autorisant le Président de la République à ratifier notamment le traité instituant une Communauté économique européenne et ses annexes, ensemble le décret n° 58-84 du 28 janvier 1958 portant publication de ce traité ».

42. Décision 92-308 DC du 9 avril 1992, *Maastricht I*, Rec. 55. Justifiant cette particularité de rédaction, le Conseil constitutionnel précise que les traités internationaux sont intro-

porter des actes de droit communautaire dérivé ; dès 1970, le Conseil constitutionnel vise un règlement communautaire⁴³. Pour la première fois, deux directives sont visées dans la décision Loi de finances rectificative pour 2002⁴⁴ ; ce phénomène acquiert une visibilité particulière au cours l'été 2004, lorsque le Conseil constitutionnel est invité à se prononcer sur la constitutionnalité de lois de transposition de directives communautaires⁴⁵.

Plus rare mais non moins remarquable est la présence dans certains visas d'avis, par exemple les avis rendus par l'assemblée territoriale de la Polynésie française⁴⁶, ou encore de conventions de droit interne⁴⁷.

2 – La multiplication des visas juridictionnels

La décision de justice n'étant, en théorie, que l'application des normes à un cas particulier et la tradition juridique française rejetant la pratique des arrêts de règlement, la présence de décisions juridictionnelles parmi les visas est surprenante. En matière administrative par exemple, ni la doctrine ni la jurisprudence invoquées par les requérants ne doivent être visées⁴⁸. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, n'hésite pas à citer sa propre jurisprudence qui intervient, le cas échéant, en fin d'énumération des visas. Dès 1959, le Conseil constitutionnel vise « la

duits dans l'ordre juridique interne en vertu de l'effet conjugué de lois qui ont autorisé la ratification et de leur publication, conformément à l'article 3 du décret n° 53-192 du 14 mars 1953 relatif à la ratification et à la publication des engagements internationaux souscrits par la France, modifié par le décret n° 86-707 du 11 avril 1986 (cons. 6). Pour un exemple récent, voir la décision 98-408 DC du 22 janvier 1999, Cour pénale internationale, Rec. 29. Toutefois, cette pratique n'est pas irréversible. Plusieurs décisions récentes ont directement visé le traité instituant la Communauté européenne et le traité sur l'Union européenne, par exemple 2003-468 DC du 3 avril 2003, Élection des conseillers régionaux et européens, Rec. 325 ou encore 2004-496 DC du 10 juin 2004, Économie numérique, Rec. 101.

43. Décision 70-39 DC du 19 juin 1970, Traités des communautés européennes, Rec. 15, visant le règlement n° 25 du 4 avril 1962 du Conseil de la Communauté économique européenne relatif au financement de la politique agricole commune.

44. Décision 2000-441 DC du 28 décembre 2000, Loi de finances rectificatives pour 2002, Rec. 201. Voir également la décision 2003-483 DC du 22 août 2003, Réforme des retraites, Rec. 430.

45. Le Conseil vise la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 sur le commerce électronique (décision 2004-496 DC du 10 juin 2004, Économie numérique, Rec. 101), les directives « accès », « cadre » et « service universel » en matière de communications électroniques (décision 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, Communications électroniques, Rec. 107) et une directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (décision 2004-498 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique, Rec. 122).

46. Décision 2002-458 du 7 février 2002, Validation de l'impôt foncier en Polynésie française, Rec. 80.

47. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a pu se référer à une convention passée en l'État, l'AGIRC et l'ARRCO relative à la validation pour la retraite complémentaire des périodes de pré-retraite et de chômage indemnisées par l'État (décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, Rec. 49).

48. CE, 12 novembre 1990, David, Rec. tab. 707.

décision délibérée par le Conseil constitutionnel dans ses séances des 17, 18 et 24 juin 1959 » rendue un mois auparavant⁴⁹ ; lors de la décision relative aux modalités d'application des privatisations, modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986, le Conseil constitutionnel vise la loi n° 86-273 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, « ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 »⁵⁰. La référence à sa propre jurisprudence devient néanmoins une méthode habituelle de rédaction des visas et le nombre de décisions visées s'accroît singulièrement, par exemple en matière de lois de finances⁵¹.

A cela s'ajoutent des références à d'autres décisions juridictionnelles. Jusqu'à très récemment, le Conseil constitutionnel refusait de viser d'autres jurisprudences que la sienne, rejetant de la sorte les sollicitations des auteurs des saisines⁵². Il faut noter toutefois que, statuant en matière d'incompatibilités et de déchéances des mandats, le Conseil constitutionnel n'hésitait pas à viser des décisions rendues par le juge judiciaire⁵³. L'intégration parmi les visas de la jurisprudence administrative est très récente et concerne essentiellement le domaine des lois de validation. Dans une décision rendue le 7 février 2002, Validation de

49. Décision 59-4 DC du 24 juillet 1959, Règlement définitif de l'Assemblée nationale, Rec. 61. Ce visa sera également repris bien plus tard, à l'occasion de la modification de l'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale, dans la décision 90-275 DC du 6 juin 1990, Règlement de l'Assemblée nationale, Rec. 67.

50. Décision 89-254 DC du 4 juillet 1989, Modalités d'application des privatisations, Rec. 41. De même, voir la décision 93-336 DC du 27 janvier 1994, Statut de la magistrature, Rec. 47, visant la décision 92-305 DC du 21 février 1992, Statut de la magistrature, Rec. 27 ou encore la décision 93-334 DC du 20 janvier 1994, Peines incompressibles, Rec. 27, visant la décision 93-326 DC du 11 août 1986, Garde à vue, Rec. 217.

51. Voir par exemple la décision 2001-456 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, Rec. 180, visant la décision du Conseil constitutionnel n° 93-330 DC du 30 décembre 1993 concernant la loi de finances pour 1994, la décision du Conseil constitutionnel n° 97-393 DC du 18 décembre 1997 concernant la loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, la décision du Conseil constitutionnel n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000 concernant la loi de finances pour 2001, la décision du Conseil constitutionnel n° 2001-448 du 25 juillet 2001 concernant la loi organique relative aux lois de finances. Pour une rédaction légèrement différente, voir la décision 97-395 DC du 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, Rec. 333, visant la loi de finances pour 1993 (n° 93-1376 du 30 décembre 1992), visant la loi de finances pour 1995 (n° 94-1162 du 29 décembre 1994), la loi de finances pour 1996 (n° 95-1346 du 30 décembre 1995) et la loi de finances pour 1997 (n° 96-1181 du 30 décembre 1996).

52. En ce sens, voir N. Molfessis, *op. cit.*, p. 462, citant par exemple le texte de saisine de la décision 93-325 DC du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration, Rec. 224, publiée au JO, 7 août 1993, p. 1194 et s.

53. Voir par exemple la décision 2001-13 D du 16 janvier 2001, Rec. 47 : se prononçant sur la déchéance de plein droit d'un sénateur, le Conseil constitutionnel vise l'arrêt de la Cour d'appel de Paris siégeant en matière correctionnelle du 5 novembre 1999 condamnant le sénateur à une peine privative de liberté, à une amende et à la peine complémentaire de privation du droit d'éligibilité ainsi que l'arrêt de la Cour de cassation en date du 18 octobre 2000 rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris. Toutefois, la mention de la décision dans les visas n'est pas systématique, comme en témoigne la décision 2001-14 du 18 juillet 2001, Rec. 97.

l'impôt foncier en Polynésie française, le Conseil constitutionnel vise le jugement n° 99-459 du tribunal administratif de Papeete, en date du 19 décembre 2000⁵⁴. A l'occasion de la loi de finances rectificative de 2005, il vise « la décision du Conseil d'État statuant au contentieux n° 268681 du 29 juin 2005 »⁵⁵. Doit également être relevé le cas particulier dans lequel le Conseil constitutionnel cite non pas une décision rendue par le juge administratif au contentieux mais un avis⁵⁶.

De manière plus spectaculaire, les visas se sont enrichis de jugements rendus par la Cour de justice des communautés européennes ou par la Cour européenne des droits de l'homme. Par le passé, le Conseil constitutionnel avait déjà mentionné dans le corps de certaines décisions des arrêts de la Cour de justice sans les faire expressément figurer dans les visas⁵⁷. Pour la première fois, un tel arrêt est visé dans la décision Bioéthique du 19 juillet 2004, le Conseil constitutionnel mentionnant l'affaire C-377/98, Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen, dont il développe le contenu dans le corps même de la décision⁵⁸. A l'occasion de la loi de finances rectificative pour 2005, il vise l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes n° C-276/97 du 12 septembre 2000⁵⁹. Enfin, c'est dans la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* que le Conseil constitutionnel prend soin, pour la première fois, d'inscrire un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans ses visas, l'arrêt n° 4774/98 du 29 juin 2004, *Leyla Sahin c. Turquie*, relatif à l'interprétation du principe de laïcité⁶⁰.

L'abondance des visas témoigne de la modification de la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel. A partir de ce constat, l'équiva-

54. Décision 2002-458 DC du 7 février 2002, Validation de l'impôt foncier en Polynésie française, Rec. 80. Voir également la décision 2003-486 DC du 11 décembre 2003, Loi de financement de la sécurité sociale, Rec. 467, visant la décision n° 245400 du 2 avril 2003 rendue par le Conseil d'État statuant au contentieux. Là encore, la mention de la décision dans les visas n'est pas systématique : voir par exemple la décision 99-422 DC du 21 décembre 1999, Loi de financement pour la sécurité sociale pour 2000, Rec. 143, cons. 65.

55. Décision 2005-531 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances rectificatives, JO, 31 décembre 2005, p. 20730.

56. Dans la décision 2000-1 LP du 27 janvier 2000, Taxe générale sur les services, Rec. 53, est visé l'avis du Conseil d'État en date du 23 novembre 1999, transmis au Conseil constitutionnel en application de l'article 100 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, également citée dans les visas.

57. Décision 2000-441 DC du 28 décembre 2000, Loi de finances rectificatives, Rec. 201, cons. 4 : le juge précise que l'article 2 de cette loi se borne à modifier le régime de la taxe sur la valeur ajoutée « en exécution d'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 12 septembre 2000 » et pour le rendre applicable avec la directive du 17 mai 1977, également citée dans les visas. Il faut relever que le renvoi à l'arrêt de la Cour est pour le moins imprécis.

58. Décision 2004-498 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique, Rec. 122.

59. Décision 2005-531 DC précitée.

60. Décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173. Ce visa a été largement critiqué, le Conseil citant un arrêt frappé d'une procédure de renvoi. Toutefois, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé la solution retenue (*Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, requête n° 44774/98).

lence entre visas et « textes applicables », qui suppose que la décision de justice n'est qu'une application de normes qui lui sont supérieures et dont elle découle directement, doit être reconsidérée. Les visas regroupent l'ensemble des textes qui peuvent intervenir dans la solution de constitutionnalité sans acquérir, de ce seul fait, une place supérieure à la norme contrôlée. A une logique verticale de confrontation entre des normes de valeur inégale s'ajoute une logique horizontale de combinaison entre des normes de niveaux différents.

B – UNE CONTRIBUTION À LA CONSTRUCTION DES DÉCISIONS

La diversité des éléments cités en visas doit être appréciée en tenant compte de la nature de la norme soumise au Conseil constitutionnel : loi organique, traité ou loi ordinaire par exemple. Mais cette distinction ne suffit pas à positionner hiérarchiquement le visa par rapport à la norme contrôlée. Dans une vision pyramidale du droit, les normes supérieures conditionnent la validité des normes inférieures : en indiquant les textes applicables, les visas confirmeraient ce modèle de confrontation verticale. Mais le lien entre conformité et supériorité hiérarchique n'est pas automatique : la diversité des visas révèle que l'appréciation de la constitutionnalité fait intervenir, à l'appui de la décision de conformité ou de non-conformité, des éléments variés qui n'acquiescent pas, pour autant, un statut supérieur à la norme contrôlée. Les deux logiques ne sont pas antinomiques mais complémentaires. La distinction entre visas de référence, visas informatifs et visas argumentatifs, en témoigne.

1 – Les visas de référence

L'équivalence entre visas et normes de référence est illustrée par l'infléchissement de la rédaction des visas et l'élargissement concomitant du bloc de constitutionnalité. Cet élargissement est implicitement annoncé dès 1970, le Conseil constitutionnel visant pour la première fois la Constitution de 1958 et « notamment son préambule »⁶¹. Un an plus tard, la décision Liberté d'association retient le même visa pour intégrer expressément les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité⁶². La Constitution « et notamment son préambule » sont également visés lorsque le Conseil constitutionnel utilise comme normes de référence les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du

61. Décision 70-39 DC du 19 juin 1970, Traité des communautés européennes, Rec. 15.

62. Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, Rec. 29.

citoyen⁶³ ainsi que les principes particulièrement nécessaires à notre temps⁶⁴. Néanmoins, la scission parfois opérée par le Conseil constitutionnel entre la Constitution du 4 octobre 1958 et le Préambule de 1946 ou la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est curieuse, dans la mesure où ces deux éléments de référence n'existent juridiquement qu'en raison du renvoi qui y est fait dans la Constitution de 1958⁶⁵. De manière plus contestable, le Conseil constitutionnel a pu viser la Constitution du 27 octobre 1946 sans se contenter de mentionner son préambule qui, pourtant, figure seul dans le Préambule de 1958⁶⁶.

L'individualisation de certaines dispositions de la Constitution permet également au Conseil constitutionnel de sélectionner les normes de référence qui auront une influence déterminante sur la solution de constitutionnalité. La précision des visas revêt alors une importance stratégique : lors de l'examen de la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, le Conseil constitutionnel vise « la Constitution, notamment ses articles 61 et 89 » pour asséner, dans le corps même de la décision, qu'il « ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle »⁶⁷. Cette particularité de rédaction est également visible lorsque la Constitution a été modifiée en certains de ses articles et que c'est à la lumière des nouvelles dispositions que la constitutionnalité de la loi contestée doit être appréciée. Saisi du texte de loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, le Conseil vise expressément la Constitution et « notamment les articles 76 et 77 résultant de la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie » qui constituent les nouvelles normes de référence applicables⁶⁸.

63. Décision 73-51 DC du 27 décembre 1973, Taxation d'office, Rec. 25. Le Conseil constitutionnel faisant expressément référence dans le corps même de la décision « au principe d'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le Préambule de la Constitution ».

64. Décision 75-54 DC du 15 janvier 1975, Interruption volontaire de grossesse, Rec. 19, cons. 10.

65. En ce sens, voir G. Drago, « La fonction nouvelle du visa dans les décisions du Conseil constitutionnel », *Justices*, 1995, 1, p. 195. Est également maladroite le fait que, dans certaines décisions, le Conseil constitutionnel commence par viser la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le Préambule de 1946 avant de viser la Constitution de 1958 (voir par exemple les décisions 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Bioéthique, Rec. 100 ou 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi Toubon, Rec. 106).

66. Décision 91-290 DC du 9 mai 1991, Statut de la Corse, Rec. 50. Dans son commentaire de la décision, B. Genevois n'aborde pas expressément cette question mais indique que la notion de peuple français figure dans les articles 20 et 32 de cette Constitution, « indépendamment du Préambule » (B. Genevois, « Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse », *RFDA*, 3, 1991, p. 407, not. p. 410).

67. Décision 2003-469 DC du 26 mars 2003, Organisation décentralisée de la République, Rec. 293, cons. 2.

68. Décision 99-410 DC du 15 mars 1999, Statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie II, Rec. 51.

La présence des lois organiques parmi les visas pose la question de leur utilisation en tant que normes de référence, notamment pour les lois organiques relatives aux lois de finances⁶⁹. D'après le Conseil constitutionnel, les dispositions de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances s'imposent au législateur en raison des termes même de l'article 34 de la Constitution, qui les érige implicitement en normes de référence. Saisi d'une loi de finances rectificative, le Conseil constitutionnel vise l'ordonnance n° 59-2 et juge que les dispositions contestées « ne peuvent être regardées comme conformes aux prescriptions de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances et par suite à celles de l'article 34 de la Constitution qui renvoie expressément à ladite loi organique »⁷⁰. La contrariété aux dispositions de la loi organique emporte la non conformité à la Constitution elle-même, illustrant une violation médiate de la Constitution⁷¹. Intégrées dans les visas, ces lois organiques, qui doivent elles-mêmes respecter les dispositions constitutionnelles, peuvent être interprétées par le Conseil constitutionnel comme des normes de référence pour les actes infra-constitutionnels⁷². Cette fonction ne peut être étendue à l'ensemble des lois organiques citées dans les visas. Par exemple, la présence des lois organiques relatives au statut de la magistrature ne constitue pas une extension des normes de référence : le Conseil constitutionnel n'apprécie pas la constitutionnalité des dispositions dont il est saisi en les confrontant au texte de la loi organique⁷³.

Plus remarquablement, l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, cité dans les visas de la décision du 15 mars 1999, est explicitement intégré

69. Sur ce point, voir notamment L. Philip, « La spécificité et l'exemplarité du contrôle de la constitutionnalité des lois financières », in *Mouvements du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 743 ; B. Genevois, « Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 323, not. p. 339 ; J.-C. Car, *Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, PUAM, 1999 ; A. Roblot-Troizier, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, thèse, Paris II, 2005.

70. Voir notamment la décision 60-8 DC du 11 août 1960, *Redevance radio-télévision*, Rec. 25, cons. 5. Le Conseil constitutionnel adopte une position identique en matière de contrôle des lois organiques : visant l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 relative aux lois de finances, il précise que les dispositions de la loi organique qui lui est soumise contraies à l'ordonnance sont, par suite, contraies à la Constitution (décision 94-355 DC du 10 janvier 1995, *Statut de la magistrature*, Rec. 151, cons. 32).

71. Sur l'utilisation de ce terme, voir notamment J.-C. Car, *op. cit.*, p. 527.

72. En revanche, bien que citée dans les visas, l'ordonnance du 2 janvier 1959 ne peut être considérée comme une norme de référence pour la nouvelle loi organique relative aux lois de finances qui a précisément pour objet de la modifier (décision 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *LOLF*, Rec. 99).

73. L'ambiguïté à pu être introduite par la décision 60-6 DC du 15 janvier 1960, *Magistrats musulmans*, Rec. 21, dans laquelle le Conseil constitutionnel, après avoir visé l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature qui doit précisément être modifiée par le texte contrôlé, précise que sa conformité à la Constitution ne peut être contestée. Sur cette controverse, voir notamment J.-C. Car, *op. cit.*, p. 305 et s.

par le Conseil constitutionnel parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité⁷⁴. Cette intégration est justifiée par la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, qui rétablit dans la Constitution un titre XIII et prévoit qu'une loi organique sera destinée à assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie « dans le respect des orientations définies par cet accord »⁷⁵. A travers les visas, le Conseil constitutionnel élargit les normes de référence à des éléments qui ne figurent dans les textes constitutionnels qu'à titre de renvois.

La même question pourrait se poser à propos des engagements internationaux ou des actes de droit communautaire insérés dans les visas alors que le Conseil constitutionnel refuse de les intégrer parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité⁷⁶. L'étrangeté de la situation est illustrée par la décision *Maîtrise de l'immigration* de 1993, dans laquelle le Conseil vise plusieurs engagements internationaux pour énoncer, dès le deuxième considérant, que « l'appréciation de la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre ne saurait être tirée (...) de la conformité de la loi avec les stipulations des conventions internationales mais résulte de la confrontation de celle-ci avec les seules exigences de caractère constitutionnel »⁷⁷. Pourtant, les engagements internationaux ou actes communautaires de droit dérivé visés peuvent être utilisés comme des normes de référence du contrôle de constitutionnalité dès lors que cette hypothèse trouve un fondement dans une disposition constitutionnelle. Se prononçant sur la loi organique organisant le droit de vote des ressortissants communautaires, le Conseil constitutionnel vise la Constitution et la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, le traité instituant la Communauté européenne, notamment son article 8 B relatif au droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, ainsi que la directive n° 94/80/CE du 19 décembre 2004 adoptée pour sa mise en œuvre. La présence de ces

74. Décision 99-410 DC du 15 mars 1999, Statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie II, Rec. 51. Dans un chapeau intitulé sur « les normes de référence et l'étendue du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur la loi organique prévue à l'article 77 de la Constitution », le Conseil constitutionnel indique « qu'il résulte en effet des dispositions du premier alinéa de l'article 77 de la Constitution que le contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi organique doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa, lequel déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle » (cons. 3).

75. Allant plus loin, le Conseil constitutionnel estime, dans une décision postérieure, que le titre XIII de la Constitution a conféré aux orientations de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 « valeur constitutionnelle » (décision 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Autonomie financière des collectivités territoriales*, Rec. 116).

76. La position adoptée lors de la décision *Interruption volontaire de grossesse* exclut tant l'examen de la conformité d'une loi à un traité que l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi d'application ou de transposition d'un acte de droit communautaire dérivé.

77. Décision 93-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, Rec. 224, dans un chapeau intitulé « sur les normes de constitutionnalité applicables au contrôle de la loi déferée ».

deux éléments résulte de ce que le constituant lui-même a, dans l'article 88-3 issu de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, « expressément subordonné la constitutionnalité de la loi organique prévue pour son application à sa conformité aux normes communautaires »⁷⁸. Seul ce fondement constitutionnel légitime l'utilisation des visas comme normes de référence⁷⁹. Il faut également réserver les cas dans lesquels le juge constitutionnel, statuant en tant que juge électoral, vise des engagements internationaux, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme, pour les utiliser en tant que normes de référence dans l'exercice de son contrôle⁸⁰. Enfin, la jurisprudence de l'été 2004, qui intègre les directives communautaires dans les visas, peut être diversement interprétée. Le Conseil constitutionnel refuse apparemment de les utiliser en tant que normes de référence⁸¹. Pourtant, afin de déterminer s'il s'agit ou non d'une loi de transcription pure et simple, le Conseil constitutionnel est inéluctablement amené à confronter le texte qui lui est déferé à la directive. Formellement, les directives ne sont pas intégrées dans le bloc de constitutionnalité mais elles sont utilisées matériellement en tant que normes de comparaison, moins pour apprécier la constitutionnalité de la loi contrôlée que pour déclencher la compétence du Conseil constitutionnel.

La lecture des visas renseigne ainsi sur la détermination des normes de référence utilisées par le Conseil constitutionnel. La norme de référence première demeure la Constitution, systématiquement citée dans les visas⁸² ; mais, par le truchement de celle-ci, d'autres normes peuvent intervenir comme paramètres dans le jugement de constitutionnalité.

78. Décision 98-400 DC du 20 mai 1998, Droit de vote des ressortissants communautaires, Rec. 251, cons. 4.

79. La position adoptée par le Conseil constitutionnel dans la décision 93-324 DC du 3 août 1993, Indépendance de la Banque de France, Rec. 208, est très instructive : visant le traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992, le Conseil constitutionnel estime, conformément à l'argumentation des requérants que, le traité n'étant pas encore entré en vigueur, il ne peut contrôler la constitutionnalité de la loi déferée au regard de l'article 88-2 de la Constitution ; il en conclut que, dès lors, « la constitutionnalité de la loi déferée doit être appréciée au seul regard des autres dispositions de la Constitution » (cons. 4).

80. Voir notamment la décision 88-1082/117 DC du 21 octobre 1988, AN Val-d'Oise, Rec. 183, visant la loi autorisant la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles annexes, ensemble le décret de publication. De même, pour les opérations détachables des opérations électorales, voir les visas de la décision du 6 septembre 2000, Pasqua, Rec. 144.

81. Décisions 2004-496 DC du 10 juin 2004, Économie numérique, Rec. 101 ; 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, Communications électroniques, Rec. 107 ; 2004-498 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique, Rec. 122 ; 2004-499 DC du 29 juillet 2004, Traitements de données à caractère personnel, Rec. 126. Si la loi de transposition tire les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive communautaire, le Conseil constitutionnel ne peut pas se prononcer sur la constitutionnalité de la loi ; si la loi s'écarte des prescriptions de la directive, alors il peut examiner la constitutionnalité de la loi. La seule norme de référence demeure ici la Constitution.

82. À l'exception déjà citée de la décision 85-187 DC du 25 janvier 1985, État d'urgence en Nouvelle-Calédonie, Rec. 43, qui ne contient aucun visa.

Est ainsi mise en lumière la dissociation entre normes de référence du contrôle de constitutionnalité et normes de valeur constitutionnelle, rendant obsolète la notion de « bloc de constitutionnalité » au sens de « normes de valeur constitutionnelle ». Pourtant, l'utilité des visas ne saurait être réduite à cette seule fonction. Les « normes de référence »⁸³ ou « normes de constitutionnalité applicables »⁸⁴ ou encore « normes constitutionnelles applicables »⁸⁵ identifiées par le Conseil constitutionnel dans certaines décisions ne coïncident pas avec les visas retenus par le juge. La présence de lois, de décrets, d'engagements internationaux dans les visas ne leur confère pas pour autant la qualité de normes de référence. Elle remplit d'autres fonctions, qu'il s'agisse d'une fonction informative ou argumentative.

2 – Les visas informatifs

Très souvent, les visas regroupent les textes qui ont vocation à être modifiés par la norme soumise au Conseil constitutionnel, qu'il s'agisse de lois organiques, de lois ordinaires voire de traités lorsque le juge est saisi sur le fondement de l'article 54. L'inflation des dispositions législatives visées peut alors seulement refléter la diversité des modifications ou abrogations apportées à la législation existante. Dans les visas de la décision du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, figurent les codes et lois qui concernent des domaines dont relèvent les dispositions examinées par le Conseil constitutionnel⁸⁶. La présence d'une ordonnance parmi les visas s'inscrit dans la même logique, dès lors que l'un des articles de la loi déferée a pour objet la ratification de l'ordonnance⁸⁷. Lors du contrôle de la loi de finances pour 2002, le Conseil constitutionnel vise « la convention du 11 octobre 2001 entre l'État et l'Union d'économie sociale pour le logement », la loi de finances ayant notamment pour objet d'habiliter cet organisme à engager des actions de renouvellement urbain dans le cadre de l'accord visé conclu avec l'État⁸⁸.

83. Voir par exemple les décisions 92-308 DC du 9 avril 1992, Maastricht I, Rec. 55, 2001-448 DC du 25 juillet 2001, LOLF, Rec. 99 ; 2004-490 DC du 12 février 2004, Statut d'autonomie de la Polynésie française, Rec. 41.

84. Voir par exemple les décisions 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Bioéthique, Rec. 100 et 2000-433 DC du 27 juillet 2000, Liberté de communication, Rec. 121.

85. Voir par exemple la décision 2003-467 DC du 13 mars 2003, Sécurité intérieure, Rec. 211.

86. Décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, Rec. 49. Voir notamment les considérants 21, 28, 33, 78, 96, 100, 112, 115 et 116.

87. Décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit, Rec. 211, cons. 9.

88. Décision 2001-456 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, Rec. 180. Dans la décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, Rec. 49, le Conseil vise la convention passée entre l'État, l'AGIRC et l'ARRCO, au titre de la validation par ces régimes de périodes de préretraite et de chômage indemnisées par l'État, dans la mesure où les saisissants contestent l'article 49 de la loi qui donne précisément une base légale à cet arrangement.

Juge de la légalité de certains actes administratifs, le Conseil constitutionnel vise par exemple les décrets relatifs aux référendums⁸⁹.

En inscrivant l'objet de la contestation parmi les visas, le Conseil constitutionnel privilégie la cohérence du droit. Le texte contrôlé ne surgit pas dans un environnement juridique neutre, il a vocation à modifier, à abroger, à compléter des dispositions existantes. La rédaction même des visas traduit ce souci : saisi d'une loi relative à la liberté de communication destinée à modifier la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, le Conseil constitutionnel la vise compte tenu des nombreuses modifications dont elle a été l'objet⁹⁰. Une telle démarche est d'autant plus nécessaire que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi de dispositions déjà promulguées : le texte déferé doit apporter une modification au droit existant afin de déclencher le contrôle. Or, pour apprécier la nouveauté des mesures envisagées par le législateur, le juge constitutionnel est contraint de se reporter aux dispositions existantes⁹¹. En visant par exemple l'article 78 du Code de procédure pénale qui doit être modifié par la loi relative aux contrôles d'identité du 5 août 1993, le Conseil constitutionnel dispose d'un point d'ancrage pour apprécier l'apport de la loi nouvelle qui sera, seule, l'objet du contrôle⁹². Le Conseil adopte une démarche identique lorsqu'il accepte de se prononcer sur la régularité des termes d'une loi déjà promulguée à l'occasion de dispositions législatives qui affectent son domaine, la complètent ou la modifient : la loi ancienne offre un point de comparaison pour apprécier la constitutionnalité de la loi nouvelle et peut être, à ce titre, citée dans les visas⁹³. La question est d'autant plus sensible qu'en vertu de l'article 62 de la Constitution, le Conseil ne peut se prononcer sur les dispositions d'une loi nouvelle qui, « bien que rédigées sous une forme différente, ont en

89. Voir par exemple la décision du 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet, JO, 31 mars 2005, p. 5834.

90. Décision 91-304 DC du 15 janvier 1992, Liberté de communication, Rec. 18. La loi du 30 septembre 1986 est citée dans les visas avec les lois du 27 novembre 1986, du 17 janvier 1989, du 2 août 1989, du 29 décembre 1990 et du 10 juillet 1991.

91. Voir par exemple la décision 2003-467 DC du 13 mars 2003, Sécurité intérieure, Rec. 211, cons. 90 : « les dispositions contestées ne créent aucun droit nouveau au profit des étrangers et ne les soumettent à aucune obligation nouvelle ; qu'elles ne confèrent pas non plus à l'autorité administrative des pouvoirs dont elle ne disposerait pas déjà ; qu'elles sont par suite, et dans cette mesure, dépourvues de caractère normatif et ne sauraient donc être utilement arguées d'inconstitutionnalité ».

92. Décision 93-323 DC du 5 août 1993, Contrôles d'identité, Rec. 213 : il s'assure, dans le corps de la décision, que les articles de la loi nouvelle ont effectivement vocation à modifier le droit existant, par exemple en ajoutant des cas supplémentaires dans lesquels peuvent être engagées ces procédures de contrôle ou des conditions nouvelles auxquelles elles sont soumises (voir en particulier les considérants 3, 7 et 11).

93. Posée par la décision 85-187 DC du 25 janvier 1985, État d'urgence en Nouvelle-Calédonie, Rec. 43, qui ne contient aucun visa, cette jurisprudence a été utilisée à de nombreuses reprises par la suite. Pour un exemple de décision visant la loi ancienne, modifiée par la loi nouvelle, voir par exemple la décision 99-414 DC du 8 juillet 1999, Liberté de l'enseignement supérieur, Rec. 92.

substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution »⁹⁴. Cette position légitime la présence de décisions juridictionnelles parmi les visas. En se référant à ses propres décisions, le Conseil constitutionnel cerne ce qui, dans la loi déferée, est nouveau et ce qui, en vertu de l'autorité de chose jugée, ne peut être soumis à son contrôle⁹⁵.

La rédaction des visas témoigne également du souci d'interpréter correctement le texte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel. Par ce moyen, le Conseil constitutionnel signale que la norme nouvelle s'insère dans un corpus juridique existant dont elle va tirer sa signification et qui contribue à en délimiter la portée. La présence de dispositions législatives ou de traités internationaux dans les visas éclaire le texte de la norme contrôlée et le contexte dans lequel elle s'inscrit. La référence faite au droit positif dans les visas permet ainsi au juge constitutionnel de déterminer la signification attachée à certaines notions juridiques. Aux saisisants qui dénoncent le caractère évasif de la notion de « recours abusif » contenue dans la loi déferée, le Conseil constitutionnel indique que l'article contesté doit être interprété au regard des dispositions du Code du travail, cité dans les visas, qui y sont relatives⁹⁶. Respectant ce principe dit « d'unité de vocabulaire », le Conseil constitutionnel favorise également une interprétation par le « contexte »⁹⁷. Saisi sur le fondement de l'article 61, le Conseil constitutionnel énonce clairement que « l'examen de la conformité à la Constitution des dispositions de la loi déferée (...) doit prendre en considération tant le contenu propre de cette loi que sa portée, appréciée en fonction des dispositions législatives antérieures qui demeurent en vigueur »⁹⁸. La substance véritable de l'acte soumis au Conseil constitutionnel se révèle dans la relation qu'il entretient avec l'ensemble de l'ordre juridique positif, qui apparaît dans les visas par exemple sous forme de codes, de lois ou de décrets. Saisi de la loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'accord de Schengen, le Conseil constitutionnel rappelle que la portée des dispositions contestées ne peut être appréciée indépendamment des autres stipulations de la convention, précisément citée dans les visas⁹⁹. Dans la décision Maastricht I, qui vise les traités communautaires antérieurement

94. Décision 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Dix de Renault*, Rec. 48, cons. 13.

95. Voir par exemple la décision 2001-456 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, Rec. 180. Pour de plus amples développements sur ce point, voir *infra*.

96. Décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec. 49, cons. 24.

97. Voir F. Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », RDP, 1981, p. 275 et s.

98. Décision 86-211 DC du 26 août 1986, *Contrôles d'identité*, Rec. 120, cons. 2. Bien que la rédaction des visas ne soit pas très significative, le Conseil expose la démarche suivie : la loi déferée « a pour objet de modifier ou de compléter les dispositions (...) du Code de procédure pénale consacrées aux contrôles d'identité et qui ont été introduites dans ce code (...) par la loi n° 83-466 du 10 juin 1983 ».

99. Décision 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, Rec. 91, cons. 14.

souscrits par la France, le Conseil estime qu'il lui appartient, saisi « d'un traité qui modifie ou complète un ou plusieurs engagements internationaux déjà introduits dans l'ordre juridique interne, de déterminer la portée du traité soumis à son examen en fonction des engagements internationaux que ce traité a pour objet de modifier »¹⁰⁰. La lecture des visas révèle l'acquis existant en la matière et assure la concrétisation du contrôle de constitutionnalité.

Ce type de visas constitue une aide à la délimitation et à l'interprétation de l'objet de la contestation portée devant le Conseil constitutionnel. Ils ne peuvent être compris comme des éléments de référence auxquels serait directement confrontée la norme contrôlée. En revanche, ils constituent autant d'éléments dont dispose le Conseil constitutionnel pour exercer concrètement le contrôle de constitutionnalité. La logique devient horizontale en ce sens qu'il ne s'agit pas de confronter la norme contrôlée aux visas, mais d'intégrer les visas dans l'interprétation de cette norme sous peine de donner une interprétation du texte dénuée de réalisme. À côté de ceux-ci existe une troisième catégorie de visas, qui emprunte à la première et à la seconde : sans constituer à proprement parler des normes de référence, ils interviennent véritablement dans le raisonnement du juge constitutionnel au soutien de la décision de conformité ou de non-conformité.

3 – Les visas argumentatifs

Ce type de visas est hybride dans la mesure où ils sont utilisés à des fins argumentatives : le Conseil constitutionnel s'en sert au soutien de son raisonnement et le visa devient alors, indirectement, un élément de contrôle de la constitutionnalité de l'acte. Sont ainsi combinées une logique verticale et une logique horizontale : le Conseil utilise des éléments qui, indépendamment de leur position hiérarchique par rapport à la norme contrôlée, vont intervenir dans le raisonnement juridique, à l'appui de la décision de conformité ou de non-conformité.

Intégrés comme technique d'argumentation, ces visas conditionnent la constitutionnalité de la norme sans constituer pour autant des normes de référence. Il en va ainsi lorsque le Conseil constitutionnel insère sa propre jurisprudence parmi les visas et fait alors l'économie d'une motivation. Lors de la décision Quotas par sexe II, le Conseil constitutionnel vise la décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 ; dans le corps de la décision, il renvoie aux « motifs énoncés dans la décision susvisée du 18 novembre 1982 » pour conclure à l'impossibilité d'établir une distinction entre électeurs ou éligibles en raison de leur sexe, sans dérouler

100. Décision 92-308 DC du 9 avril 1992, Maastricht I, Rec. 55, cons. 8.

à nouveau le raisonnement qui lui a permis d'aboutir à cette conclusion¹⁰¹. Aux requérants qui, à l'occasion de la Loi de finances pour 2002, contestent l'extension du champ d'application de l'exonération de la taxe différentielle sur les véhicules à moteur, le Conseil constitutionnel oppose un raisonnement pour le moins elliptique : introduite par la loi de finances pour 2001, cette taxe a déjà donné lieu à une décision citée dans les visas, dans laquelle il avait estimé que ce dispositif n'était pas contraire au principe d'égalité ; par une motivation fort succincte, il indique que, « la différence de traitement étant réduite par le nouveau dispositif, le grief tiré d'une violation du principe d'égalité ne peut qu'être rejeté »¹⁰². La référence à d'autres décisions juridictionnelles peut également alimenter la motivation du juge. Saisi d'une loi de validation, le Conseil constitutionnel a pu viser une décision rendue par le Conseil d'État : s'il renseigne sur le contexte dans lequel s'insère la loi déferée, ce visa contribue surtout à justifier l'intervention législative et, indirectement, la constitutionnalité de la mesure¹⁰³. Un raisonnement similaire, liant visa et motivation juridique, est à l'œuvre dans la décision du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Le visa de la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme est une pièce maîtresse du raisonnement élaboré par le Conseil constitutionnel. C'est sur ce visa que repose la comptabilité à la Constitution des dispositions du traité relatives à la laïcité puisque le Conseil la subordonne à l'interprétation que la jurisprudence de Strasbourg permet de donner de l'article II-70 relatif à ce principe¹⁰⁴.

Certains visas renvoyant à des textes, tels que des lois ou des décrets, peuvent également être analysés dans cette perspective : ils constituent des données que le Conseil constitutionnel prend en considération et sur lesquelles il va appuyer son argumentation. Saisi de la loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale, le Conseil constitutionnel vise la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 modifiée, relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel. Ce visa est nécessaire à la construction du raisonnement. En

101. Décision 98-407 DC du 14 janvier 1999, Quotas par sexe II, Rec. 21, cons. 12.

102. Décision 2001-456 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, Rec. 180, cons. 20. Dans cette décision, les requérants reprenaient d'ailleurs leur argumentation de l'année précédente.

103. Voir notamment la décision 2003-486 DC du 11 décembre 2003, Loi de financement de la sécurité sociale, Rec. 467. Certaines dispositions rétroactives de la loi ayant pour objet de valider des actes de recouvrement, le Conseil constitutionnel vise la décision n° 245400 du 2 avril 2003 rendue par le Conseil d'État statuant au contentieux, jugeant que le ministre de l'Emploi et de la Solidarité ne pouvait modifier les dispositions des articles L. 245-2 et R. 245-1 du Code de la sécurité sociale. S'appuyant sur cette décision, le Conseil précise que le législateur avait la faculté d'user de son pouvoir de prendre des dispositions rétroactives tout en estimant, qu'en l'espèce, il n'y a pas d'intérêt général suffisant.

104. Décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173, cons. 18.

effet, c'est « en raison de la place de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct dans le fonctionnement des institutions de la cinquième République » qu'il est « souhaitable que l'élection présidentielle précède, en règle générale, les élections législatives »¹⁰⁵. Lors de la modification des modalités d'élection au Parlement européen, le Conseil constitutionnel vise le traité instituant la Communauté européenne qui est directement utile à la solution de constitutionnalité. S'appuyant sur les dispositions du traité, il estime que la citoyenneté européenne se superpose à la citoyenneté française, pour rejeter les moyens tirés de l'atteinte au principe d'indivisibilité de la République et au principe de l'unicité du peuple français¹⁰⁶.

Certains visas textuels interviennent également dans la motivation en assurant une application de la loi conforme aux exigences constitutionnelles. La faculté de rompre unilatéralement le Pacte civil de solidarité, contestée par les saisissants, n'est pas contraire à la Constitution dans la mesure où est préservée la possibilité d'une action en responsabilité établie par l'article 1382 du Code civil, cité dans les visas¹⁰⁷. La création d'une carte électronique pour les bénéficiaires de l'assurance maladie ne porte pas atteinte au respect de la vie privée en raison des garanties prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, intégrée dans les visas¹⁰⁸. C'est la prise en compte des garanties existantes, souvent énoncée sous la forme de réserves d'interprétation, qui assure la constitutionnalité des dispositions législatives contestées.

Cette esquisse de typologie permet de conclure à la diversité du rôle des visas dans les décisions du Conseil constitutionnel. Techniquement, ils peuvent être qualifiés de visas de référence, d'information ou d'argumentation. Il faut admettre toutefois que l'utilisation des visas n'obéit pas toujours à une logique implacable. L'intérêt de certaines normes législatives citées dans les visas a pu être contesté, par exemple lorsque le Conseil se réfère au Code de la consommation dans une décision relative à l'injonction pénale¹⁰⁹. En sens inverse, les visas ne regroupent qu'une sélection des informations dont le Conseil constitutionnel a disposé et qui sont aujourd'hui rassemblées dans les dossiers documentaires.

105. Décision 2001-444 DC du 9 mai 2001, Expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale, Rec. 59, cons. 4.

106. Décision 2003-468 DC du 3 avril 2003, Election des conseillers régionaux et européens, Rec. 325, cons. 36 à 38.

107. Décision 99-419 DC du 9 novembre 1999, Pacte civil de solidarité, Rec. 116, cons. 71.

108. Décision 99-416 DC du 23 juillet 1999, Couverture maladie universelle, Rec. 100, cons. 46.

109. Décision 95-360 DC du 2 février 1995, Injonction pénale, Rec. 195, exemple relevé par N. Molfessis, op. cit., p. 462, qui cite également des cas dans lesquels les visas sont mal utilisés, par exemple la décision 91-302 DC du 30 décembre 1991, Loi de finances pour 1992, Rec. 137.

Ces remarques n'infirmant pas l'intérêt de l'étude des visas dans les décisions du Conseil constitutionnel. Elles suggèrent qu'au-delà de la fonction technique qu'ils peuvent exercer, les visas revêtent une dimension politique.

II – L'UTILISATION POLITIQUE DES VISAS DANS LES DÉCISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Dépassant le strict cadre de la décision, la typologie des visas précédemment esquissée renseigne sur l'office du Conseil constitutionnel. En recourant aux visas alors que rien ne l'y oblige, le Conseil constitutionnel en attend certaines vertus qu'il ne peut déceler ailleurs. Les visas éclairent l'interprétation constitutionnelle tout en l'encadrant ; leur présence contribue à asseoir l'interprétation donnée par le juge constitutionnel. Les visas informent également sur le Conseil constitutionnel en tant qu'institution et sur sa place dans l'ordre juridique.

A – LA MESURE DE L'INTERPRÉTATION CONSTITUTIONNELLE

L'opposition est désormais traditionnelle entre une théorie classique, cognitive, de l'interprétation qui en fait un acte de connaissance, et la théorie réaliste de l'interprétation qui en fait un acte de volonté¹¹⁰. Cette distinction se répercute sur l'activité de l'interprète, activité de nature scientifique et strictement descriptive dans le premier cas, activité de pure création dans le second. Sans permettre de trancher cette controverse, l'analyse des visas confirme l'activité interprétative du Conseil constitutionnel tout en la légitimant.

1 – Les visas, indice de l'interprétation constitutionnelle

La distinction entre plusieurs types de visas illustre la portée de l'interprétation constitutionnelle. L'existence de visas de référence et de visas informatifs souligne les deux objets sur lesquels porte l'activité interprétative. Les visas argumentatifs témoignent de la porosité entre interprétation et appréciation de constitutionnalité.

L'activité interprétative du Conseil constitutionnel s'exerce en une double direction. D'une part, le juge constitutionnel doit délimiter les normes qui vont servir de référence dans le contrôle de constitutionna-

110. Voir en particulier M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in La théorie du droit, le droit, l'État, Paris, PUF, 2001, p. 69 et s.

lité. A ce titre, la formulation des visas revêt parfois une importance stratégique : lorsque le Conseil constitutionnel vise « la Constitution et notamment son préambule » dans la décision Liberté d'association de juillet 1971, il étend le bloc de constitutionnalité à l'ensemble des éléments auxquels celui-ci renvoie¹¹¹. Le Conseil constitutionnel interprète également le contenu des normes de référence. Des lois peuvent ainsi être visées à l'appui de la découverte de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République¹¹². Elles ne peuvent être analysées comme des visas de référence puisque cette fonction est dévolue au principe qui les sous-tend. En revanche, elles illustrent la marge de manœuvre dont dispose le Conseil constitutionnel dans la délimitation et dans l'interprétation des normes de référence. L'activité interprétative s'exerce également lors de l'identification des normes qui seront l'objet du contrôle de constitutionnalité. Les visas contribuent ainsi à éclairer l'apport, le sens et la portée du texte soumis au Conseil constitutionnel. De manière encore plus visible, les visas participent à l'interprétation du texte déferé lorsqu'ils constituent le socle de réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'est conforme à la Constitution que sous réserve qu'il soit interprété conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, visée par le Conseil constitutionnel¹¹³. La possibilité accordée aux officiers de police judiciaire, dans les frontières des pays limitrophes de Schengen, de procéder à la visite sommaire des véhicules circulant sur la voie publique en vue de rechercher ou de constater les infractions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France est conforme à la Constitution sous réserve que soient respectées les dispositions du Code de procédure pénale cité dans les visas¹¹⁴.

En renseignant sur la manière d'interpréter les dispositions constitutionnelles et les dispositions contestées, les visas influent directement sur la solution donnée par le juge. Le rapprochement avec les saisines peut être instructif. Lors de la loi de ratification du traité de Luxembourg du 22 avril 1970, les saisissants invoquent la méconnaissance de l'article 34 au motif que le principe du vote des impôts par les élus du

111. Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, Rec. 29.

112. A l'occasion de la loi d'orientation et de programmation pour la justice, le Conseil constitutionnel intègre parmi les visas la loi du 12 avril 1906 sur la majorité pénale des mineurs, celle du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante qui vont permettre de dégager l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (décision 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, Rec. 204). Voir également la décision 99-414 DC du 8 juillet 1999, Liberté de l'enseignement supérieur, Rec. 92. Visant des lois « supports » sans reconnaître le principe fondamental en découlant, voir les décisions 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Bioéthique, Rec. 100 ou 2004-494 DC du 29 avril 2004, Formation professionnelle, Rec. 91.

113. Voir la décision 2004-505 DC précitée.

114. Décision 97-389 DC du 22 avril 1997, Certificats d'hébergement, Rec. 45, cons. 19 et 20.

peuple serait méconnu ; dans les visas, le Conseil constitutionnel écarte cet article 34 pour ne retenir que l'article 53, selon lequel les dispositions de nature législative contenues dans un traité doivent être ratifiées ou approuvées en vertu d'une loi. Pour le Conseil constitutionnel, il n'y a donc pas lieu de considérer si l'engagement international apporte ou non des restrictions aux règles contenues dans l'article 34 pour le futur, seul l'article 53 est applicable en la matière¹¹⁵. Non seulement l'interprétation des normes de référence conditionne la licéité des dispositions contestées, mais, dans certains cas, la solution de constitutionnalité semble préjuger de l'interprétation qu'il convient de donner à telle ou telle disposition. Dans la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, l'inscription parmi les visas du titre XV de la Constitution et de la jurisprudence constitutionnelle de l'été 2004 justifierait l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel de l'article I-6 du traité relatif au principe de primauté ; mais cette interprétation n'était-elle pas « la seule tenable »¹¹⁶ ?

Si les visas confirment l'importance de l'activité interprétative du Conseil constitutionnel, celui-ci tend à la minimiser, évoquant les règles constitutionnelles « claires et précises, qui n'appellent aucune interprétation »¹¹⁷. En recourant à la théorie de l'acte clair, le Conseil constitutionnel suggère que l'interprétation n'est nécessaire que dans quelques cas difficiles. Pourtant, cette formule est ambiguë : pour soutenir qu'un acte est clair, il faut en connaître la signification c'est-à-dire l'avoir interprété. Cette réticence à admettre l'existence d'un véritable pouvoir d'interprétation s'exerce également en direction des normes, objets du contrôle de constitutionnalité. En vertu de l'article 61, alinéa 2, il n'appartient au Conseil constitutionnel « de procéder à l'interprétation du texte qui lui est déféré que dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité »¹¹⁸. Pourtant, l'interprétation n'est-elle pas un préalable à l'appréciation de la constitutionnalité, qu'elle va alors conditionner ?

En consacrant le principe constitutionnel de clarté de la loi, le Conseil constitutionnel maintient l'ambiguïté de sa position¹¹⁹. Le légis-

115. Décision 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité des communautés européennes*, Rec. 15.

116. A. Levaide, « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de systèmes », CCC, 2005, n° 18, p. 133, not. p. 135.

117. Décision 85-197 DC du 23 août 1985, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie II*, Rec. 70, cons. 14 et 16, au sujet de l'article 10, alinéa 2, et du droit pour le Président de la République de demander une nouvelle délibération de la loi.

118. Décision 91-298 DC du 24 juillet 1991, *Dispositions fiscales rétroactives*, Rec. 82, cons. 33 et dans le même sens, décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec. 49, cons. 9.

119. Le principe de clarté, rattaché à l'article 34 de la Constitution, a été posé pour la première fois dans la décision 98-401 DC du 10 juin 1998, *Réduction du temps de travail*, Rec. 258, cons. 10. Auparavant, le Conseil constitutionnel avait déjà dégagé une exigence de clarté et de précision de la loi pénale fondée notamment sur le principe de légalité des délits et des peines (voir notamment la décision 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, *Sécurité et Liberté*, Rec. 15, cons. 7).

laleur doit « adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » pour prémunir les sujets de droit « contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire dans l'application de la loi »¹²⁰. Il existerait donc des dispositions qui seraient immédiatement applicables sans passer par la médiation de l'interprétation. Mais l'activité interprétative n'est pas condamnée pour autant : seule une interprétation contraire à la Constitution doit être évitée. Pour le reste, les autorités administratives et juridictionnelles « conservent le pouvoir d'appréciation et, en cas de besoin, d'interprétation inhérent à l'application d'une règle de portée générale à des situations particulières ». Serait ainsi confirmée l'existence d'un pouvoir d'interprétation inhérent à la fonction d'application du droit, y compris lorsque la loi est claire ; est également souligné le lien entre application, appréciation et interprétation.

Si l'utilisation des visas par le Conseil constitutionnel atteste l'importance de l'activité interprétative, celle-ci n'est pas dénuée pour autant de toute contrainte. Quel que soit le débat sur l'étendue de la liberté dont dispose le juge, l'interprète doit justifier l'interprétation qu'il retient. A ce sujet, deux thèses s'affrontent, soit que l'obligation soit analysée comme une contrainte amenuisant considérablement la marge de manœuvre du juge, soit que la volonté de justification déployée par le juge apparaisse comme l'indice même de l'entière liberté d'interprétation dont il jouit. L'utilisation des visas par le Conseil constitutionnel peut alors apparaître comme la caution de l'interprétation constitutionnelle.

2 – Les visas, caution de l'interprétation constitutionnelle

La multiplication des visas répond au souci de justifier la décision juridictionnelle. Dans cette optique, les visas n'ont pas seulement pour fonction d'assurer la régularité du jugement, mais de lui conférer une force persuasive destinée à asseoir la légitimité du Conseil constitutionnel. La distinction établie entre légalité externe, assurée par les visas, et légalité interne, établie par la motivation de la décision, est affaiblie d'autant.

Traditionnellement présentée comme un acte d'autorité, la décision de justice est aujourd'hui entendue comme un acte de persuasion. A ce titre, la motivation des décisions n'est pas seulement une garantie contre l'arbitraire ou contre l'erreur, facilitant le travail des juridictions supérieures, mais devient un facteur de légitimation de la jurisprudence¹²¹.

120. Décisions 2001-455 dc du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, Rec. 49, cons. 9 et 2003-475 dc du 24 juillet 2003, Réforme de l'élection des sénateurs, Rec. 397, cons. 20.

121. Consacrée par la jurisprudence constitutionnelle et européenne, la motivation devient de surcroît un véritable droit du justiciable, rattachée aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable : selon le Conseil constitutionnel, l'obligation pour une juridiction de motiver ses arrêts est de nature « à éviter l'arbitraire » (décision 98-408 dc

Cette évolution est perceptible dans la rédaction des visas. Ceux-ci sont généralement analysés comme une règle purement formelle, assurant la régularité du jugement, contrairement à la motivation, présentée comme une exigence ressortissant de la légalité interne. Pourtant, visas et motivation sont étroitement liés. Historiquement, l'obligation générale de motiver les jugements, issue de la loi des 16-24 août 1790, ne consiste qu'à énoncer la règle de droit appliquée, faute de pouvoir identifier un texte précis à l'appui de la décision rendue. La motivation tient alors dans la simple indication du fondement de la décision et remédie à l'absence de visas¹²². D'un point de vue logique ensuite, les visas rejoignent l'exigence de motivation dans la mesure où ils constituent les prémisses du raisonnement qui sera déroulé par le juge. Permettant l'identification des éléments qui interviennent dans le cheminement intellectuel du juge, ceux que le juge a « vus » avant de rendre sa décision, ils participent à sa régularité interne. Les visas peuvent alors être rattachés à l'obligation générale de motivation imposée au Conseil constitutionnel par l'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958¹²³. En revanche, l'énumération des éléments constituant la base du raisonnement n'a qu'une vertu affirmative, insuffisante pour assurer l'explication de la décision. La motivation permet de les agencer de manière à aboutir à un raisonnement cohérent et convaincant. Pourtant, dans certaines décisions, l'abondance des visas supplée à l'indigence de la motivation. A l'occasion de l'examen de la loi relative aux délégations de service public, le Conseil constitutionnel vise la Constitution, deux ordonnances, douze textes de lois ou codes dans leur intégralité pour énoncer dans un considérant lapidaire « qu'il ne ressort pas de l'examen des dispositions du texte déferé que ces dernières méconnaissent une règle ou un principe de valeur constitutionnelle »¹²⁴.

Si les visas contribuent à la justification de la décision rendue par le Conseil constitutionnel, ils tendent également à la faire apparaître

du 22 janvier 1999, Cour pénale internationale, Rec. 29, cons. 22). Pour le juge administratif, la motivation d'une décision juridictionnelle s'impose même sans texte au titre d'une règle générale de procédure (CE, 1^{er} mars 1935, Platon, Rec. 270). Sur la position des juridictions européennes, voir notamment CEDH, 19 avril 1994, Van de Hurk, série A, n° 288 et L. Bore, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », JCP, 2002, I, 104.

122. Voir notamment S. Gjidara, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », LPA, 26 mai 2004, n° 105, p. 3 et s.

123. L'article 20 relatif au fonctionnement du Conseil constitutionnel, et notamment aux « dispositions communes », précise que « la déclaration du Conseil constitutionnel est motivée ». Ainsi, lorsqu'il examine les textes de forme législative, le Conseil constitutionnel doit constater, « par une déclaration motivée », le caractère législatif ou réglementaire des dispositions qui lui sont soumises. En matière de contentieux de l'élection des députés et des sénateurs, l'article 40 prévoit que le Conseil constitutionnel « statue par une décision motivée ». Consulté par le Président de la République sur la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution, le Conseil constitutionnel émet un « avis motivé et publié ».

124. Décision 95-361 DC du 2 février 1995, Délégations de service public, Rec. 198.

comme la seule décision possible. La prolifération des visas suggère que tous les éléments, constitutionnels, législatifs, réglementaires, juridictionnels, concourent pour n'aboutir qu'à une seule solution possible, celle dévoilée par le juge constitutionnel. Cette remarque prend un relief particulier dans la théorie réaliste de l'interprétation : la multiplication des visas qui, apparemment, ensere la décision ne serait qu'une manœuvre destinée à masquer le pouvoir créateur du juge¹²⁵. Dans ce cas, il s'agit bien de donner l'illusion d'une contrainte pour renforcer la légitimité de la décision. En choisissant d'inscrire certains éléments en exergue de la décision, le Conseil constitutionnel en attend certains effets. L'utilisation des visas peut d'ailleurs être circonstancielle. La référence au Préambule de la Constitution, stratégique en 1971, n'est pas reprise lorsqu'il s'agit, plus tard, de se référer à nouveau à ce principe fondamental reconnu par les lois de la République de liberté d'association¹²⁶ ou de dégager d'autres principes fondamentaux¹²⁷. Dans certains cas, cette utilisation peut paraître artificielle. Le 19 novembre 2004, le Conseil constitutionnel renvoie aux quatre décisions rendues durant l'été 2004, citées en visa, pour interpréter la portée du principe de primauté du droit de l'Union européenne alors que, pourtant, celles-ci n'y sont guère favorables¹²⁸.

L'analyse des visas confirme la véritable « obsession textuelle »¹²⁹ qui saisit le Conseil constitutionnel, s'évertuant à justifier ses décisions par des références toujours plus nombreuses à l'écrit. Ce constat rejoint par certains aspects la théorie de la chaîne du droit, dans laquelle le juge constitutionnel s'insère. Développée par Dworkin, cette théorie renvoie à l'image de l'écriture à la chaîne d'un roman. Soucieux de montrer qu'il est lié par des normes qui lui préexistent et qui s'imposent à lui, le juge respecte une « cohérence narrative », prenant en considération « l'ensemble des décisions de fond déjà prises et la structure institutionnelle »¹³⁰. Il s'agit de faire en sorte que la décision juridictionnelle s'insère dans une « histoire du droit », constituée d'interventions législatives, constitutionnelles, juridictionnelles voire réglementaires. Cette image est assez féconde pour comprendre la contrainte de cohérence qui s'impose au juge constitutionnel, ou, si l'on suit les tenants de l'école réaliste de l'interprétation, que le juge constitutionnel feint de prendre en considération.

125. Sur la volonté du juge de faire passer son pouvoir pour une compétence totalement liée, voir M. Troper, « La motivation des décisions constitutionnelles », in *La motivation des décisions de justice*, Ch. Perelman et P. Foiriers, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 287, not. p. 296.

126. Décision 91-299 DC du 2 août 1991, Congé de représentation, Rec. 124.

127. Voir par exemple la décision 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, Rec. 204.

128. Décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Rec. 173. Voir par exemple D. Rousseau, *chron.*, RDP, 2005, 1, p. 298 et s. ; E. Bruce, « La primauté du droit communautaire », LPA, 27 septembre 2005, n° 192, p. 3 et s.

129. Selon l'expression de D. Turpin, « Le juge est-il représentatif ? Réponse, oui », *Commentaire*, n° 58, 1992, p. 389.

130. Voir notamment D. Dworkin, « La chaîne du droit », *Droit et société*, n° 1, 1985, p. 51.

La rédaction des visas témoigne d'une « sédimentation » du droit que le Conseil constitutionnel intègre dans ses décisions. Par une singulière mise en abyme, le Conseil place, par la même occasion, ses propres décisions au cœur du droit existant. En les insérant parmi les visas, le Conseil constitutionnel assure l'autorité de sa jurisprudence ; en y ajoutant des décisions rendues par d'autres juridictions, il renseigne également sur la place qu'elle occupe.

B – LE STATUT DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Le refus des juridictions ordinaires d'inscrire dans les visas leurs propres décisions est assimilé au rejet de la pratique des arrêts de règlement. La décision juridictionnelle n'a pas vocation à devenir une norme, source de droit. Aujourd'hui, la question du pouvoir normatif de la jurisprudence doit être rattachée à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : par les décisions qu'il rend, celui-ci ne formule-t-il qu'une règle individuelle ou, au contraire, une règle générale susceptible d'être appliquée dans d'autres hypothèses ? Dans quelle mesure doit-il prendre en considération les décisions rendues par d'autres juridictions ?

1 – L'autorité de la jurisprudence constitutionnelle

L'intégration parmi les visas des décisions rendues par le Conseil constitutionnel peut apparaître comme un simple rappel de l'autorité de ses décisions, posée par l'article 62 de la Constitution¹³¹. Cette autorité s'oppose en particulier à ce que le Conseil soit à nouveau saisi d'une question sur laquelle il a déjà été amené à se prononcer : les critiques portant sur des dispositions identiques à celles que, dans une précédente décision, le Conseil a déclarées conformes à la Constitution doivent être écartées au motif que ses décisions ne sont susceptibles d'aucun recours¹³² ; la procédure du contrôle de non contrariété à la Constitution exercé sur le fondement de l'article 54 ne peut être à nouveau mise en œuvre à propos du même engagement « sauf à méconnaître l'autorité qui s'attache à la décision du Conseil constitutionnel »¹³³. Toutefois, le contrôle obligatoire des

131. L'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958 précise qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

132. Décision 85-197 DC du 23 août 1985, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie II*, Rec. 70, cons. 31 et 32.

133. Décision 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Maastricht II*, Rec. 76, cons. 5 ; toutefois, le Conseil constitutionnel réserve expressément deux hypothèses : « d'une part s'il apparaît que la Constitution, une fois révisée, demeure contraire à une ou plusieurs stipulations du traité ; d'autre part, s'il est inséré dans la Constitution une disposition nouvelle qui a pour effet de créer une incompatibilité avec une ou des stipulations du traité dont il s'agit ».

lois organiques et des règlements des assemblées peut le conduire à se prononcer deux fois sur le même texte : dans cette hypothèse, l'intégration de la première décision rendue parmi les visas apparaît comme une simple application de l'autorité de chose jugée posée par l'article 62 de la Constitution¹³⁴. Qualifiée de contrôle à double détente, cette technique peut également intervenir en matière de lois ordinaires lorsque, après une première censure, le texte de loi corrigé par le Parlement est à nouveau déferé au Conseil : celui-ci vise souvent la décision qui est à l'origine de la modification du texte législatif¹³⁵. Ce mécanisme prend une autre dimension lorsque le Conseil constitutionnel n'est pas saisi à deux reprises d'un texte identique mais de deux textes distincts et qu'il cite sa propre jurisprudence dans les visas. Si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache tant au dispositif qu'aux motifs qui en sont le soutien nécessaire¹³⁶, le Conseil privilégie une conception extensive de l'autorité de chose jugée : elle déborde le seul cadre de la décision rendue pour s'étendre aux dispositions d'une loi qui, « bien que rédigées sous une forme différente, ont en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraire à la Constitution »¹³⁷.

L'analyse des visas confirme cette conception extensive de l'autorité des décisions du juge constitutionnel. A l'occasion de l'affaire des Dix de Renault, le Conseil vise « la loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 portant amnistie, ensemble la décision (...) n° 88-244 DC du même jour », dans laquelle il avait jugé que le droit à réintégration ne saurait être étendu aux représentants du personnel ou responsables syndicaux ayant commis une faute lourde. En prévoyant ce droit à réintégration, le législateur « méconnaît l'autorité qui s'attache, en vertu de l'article 62 de la Constitution, à la décision du Conseil constitutionnel du 20 juillet 1988 »¹³⁸. De manière plus subtile, le Conseil constitutionnel peut imposer l'auto-

134. Les visas de la décision relative au Règlement de l'Assemblée nationale rendue le 24 juillet 1959 illustre cette hypothèse : « saisi à nouveau » du règlement, le Conseil constitutionnel vise la décision rendue le mois précédent et conclut à la constitutionnalité de l'ensemble du règlement, « compte tenu » notamment des modifications apportées en application de la première décision (décision 59-4 DC du 24 juillet 1959, Rec. 61). Sur le même modèle, voir la décision 91-301 DC du 15 janvier 1992, Commission d'enquêtes et de contrôle, Rec. 9, visant la décision 90-278 DC du 7 novembre 1990, Règlement du Sénat, Rec. 79.

135. Voir par exemple la décision 82-139 DC du 11 février 1982, Nationalisations II, Rec. 31, visant la décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, Nationalisations I, Rec. 18.

136. Décision 62-18 L du 16 janvier 1962, Loi d'orientation agricole, Rec. 31, cons. 1.

137. Décision 89-258 DC du 8 juillet 1989, Dix de Renault, Rec. 48, cons. 13. Apparaissant, le Conseil constitutionnel avait indiqué que l'autorité de la chose jugée « est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi » antérieurement soumise au Conseil et qu'elle « ne peut être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue, d'ailleurs, en des termes différents » (décision 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi d'amnistie, Rec. 119, cons. 18).

138. Décision 89-258 DC précitée, cons. 18. La position du Conseil constitutionnel a pu être critiquée, dans la mesure où, précisément, le législateur reprenait les motifs de la décision de 1988, en réservant le cas dans lequel cette réintégration ferait peser sur l'employeur des « sacrifices » excessifs.

rité de sa jurisprudence en visant une loi précédemment adoptée tout en passant sous silence la décision rendue à son sujet. A l'occasion de la loi de 2003 relative à la réforme des retraites, le Conseil constitutionnel se contente de viser « la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002, en son article 64 » et, ce faisant, valide implicitement la disposition contestée en faisant application de l'autorité de chose jugée. En effet, l'article contesté par les requérants a exactement la même portée que l'article 64 de la loi n° 2001-1246, promulgué sans que le Conseil constitutionnel ne le déclare contraire à la Constitution¹³⁹. Le Conseil constitutionnel répond ainsi aux requérants, qui soulevaient expressément cette question, par une simple inscription dans les visas. La lecture des visas témoigne également du passage de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel à celle de l'interprétation émise par le Conseil constitutionnel. Dans une décision rendue le 2 décembre 2004, le Conseil vise « la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 », dans laquelle il avait déclaré la loi d'habilitation conforme à la Constitution sous certaines réserves d'interprétation. Ce visa est d'une utilité directe pour la solution de constitutionnalité : le Conseil juge que l'ordonnance, dont il est saisi à travers la loi de ratification, est conforme à la Constitution car elle ne méconnaît pas « la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel à propos de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, laquelle est revêtue de l'autorité que confère à ses décisions l'article 62 de la Constitution »¹⁴⁰. En visant ses propres décisions, le Conseil constitutionnel insiste sur la continuité et la cohérence de sa jurisprudence en même temps qu'il impose l'autorité de ses décisions. C'est ainsi que des lois organiques ou des codes sont visés « ensemble la décision du Conseil constitutionnel » les concernant, confirmant que ces textes doivent être interprétés à la lumière des réserves émises¹⁴¹.

Cette autorité est néanmoins contrariée par l'intervention du pouvoir constituant. Si le juge ne peut procéder à l'examen des dispositions qui ont « une rédaction ou un contenu analogue aux dispositions antérieurement déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel », il en va différemment en cas de « changement des circonstances de droit », résultant en particulier d'une révision constitutionnelle¹⁴². De fait, en

139. Décision 2003-483 DC du 22 août 2003, Réforme des retraites, Rec. 430. Sur ce point, voir notamment les observations du Gouvernement.

140. Décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit, Rec. 211, cons. 22.

141. Décision 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances initiale, JO, 31 décembre 2005, p. 20705.

142. Décisions 99-410 DC du 15 mars 1999, Statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie II, Rec. 51, cons. 4 et 2004-490 DC du 12 février 2004, Statut d'autonomie de la Polynésie française, Rec. 41, cons. 9.

visant les interventions constitutionnelles destinées à contrer sa propre jurisprudence, le Conseil indique que seules les modifications apportées par le constituant rendent licites les nouvelles dispositions législatives. Dans la décision Quotas par sexe III est visée « la Constitution, et notamment les articles 3 et 4 résultant de la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes »¹⁴³ : cette révision a eu « pour objet et pour effet de lever les obstacles d'ordre constitutionnel relevés par le Conseil », en particulier dans la décision du 18 novembre 1982¹⁴⁴. Dans la décision Maastricht II, le juge s'appuie sur l'article 5 de la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, distinctement citée dans les visas, pour estimer que le constituant a posé une règle nouvelle destinée à lever les obstacles d'ordre constitutionnel soulevés par le Conseil constitutionnel dans la décision Maastricht I¹⁴⁵.

Le Conseil constitutionnel est-il lui-même tenu par l'autorité de chose jugée ou interprétée ? En d'autres termes, peut-il procéder à des revirements de jurisprudence ? La rédaction des visas est, sur ce point encore, instructive. En 1999, le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnel le dispositif d'inéligibilité automatique prévu par la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, dont il avait auparavant admis la constitutionnalité¹⁴⁶. Pour justifier cette position, le Conseil constitutionnel invoque la théorie du changement de circonstances de droit, la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie précisément citée dans les visas¹⁴⁷. Pourtant, sur le fond, les normes de référence concernant les peines d'inéligibilité n'ont pas changé et, en 1985 comme en 1999, les visas pourraient être les mêmes. Cette décision confirme le rôle des visas dans la légitimation de la décision : ils permettent ici la mise en œuvre de la théorie du changement de circonstances de droit, qui dissimule, en l'espèce, un revirement de jurisprudence¹⁴⁸.

Le Conseil constitutionnel ne se contente pas de viser ses propres décisions et intègre récemment d'autres décisions juridictionnelles. Pré-

143. Décision 2000-429 DC du 30 mai 2000, Quotas par sexe III, Rec. 84.

144. Décision 82-146 DC du 18 novembre 1982, Quotas par sexe I, Rec. 66. Ces obstacles sont également relevés dans la décision 98-407 DC du 14 janvier 1999, Quotas par sexe II, Rec. 21. D'ailleurs, en 2000, les requérants invoquent dans leur saisine la méconnaissance des décisions 146 DC et 407 DC, escomptant à cet égard le maintien de la jurisprudence constitutionnelle.

145. Décision 92-312 DC du 2 septembre 1992, Maastricht II, Rec. 76.

146. Décisions 99-410 DC du 15 mars 1999, Statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie II, Rec. 51 et 84-183 DC du 18 janvier 1985, Redressement et liquidation judiciaires, Rec. 32.

147. Décision 99-410 DC précitée, cons. 4.

148. Voir P. Mouzet, « Sur les revirements du Conseil constitutionnel », RDP, 2002, 6, p. 1639, not. p. 1684. Il faut noter que la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises est citée dans les visas, mais non la décision 84-183 DC du 18 janvier 1985 auquel elle a donné lieu et dans laquelle le Conseil constitutionnel, sans se prononcer explicitement sur les peines automatiques d'inéligibilité, ne relève pas leur inconstitutionnalité.

sentée comme le signe d'un dialogue des juges, cette nouveauté n'est pas sans ambiguïté.

2 – La place de la jurisprudence constitutionnelle

En visant des décisions rendues par d'autres juridictions, internes ou externes, le Conseil constitutionnel assure l'articulation entre les différentes juridictions et leur nécessaire complémentarité. L'inscription d'un arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes dans les visas coïncide avec la reconnaissance du monopole d'appréciation de la validité du droit communautaire dérivé accordé à la Cour. Dans la décision Bioéthique, le Conseil constitutionnel, visant l'affaire C-377/98 tranchée par la Cour de justice, indique qu'il « n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne »¹⁴⁹. Dans cette décision, l'arrêt rendu par la Cour de justice permet de corroborer – ou peut-être de prédéterminer – l'interprétation que donne le Conseil constitutionnel de l'article contesté par les requérants. Inscrit dans les visas, ce dialogue des juges dont le Conseil constitutionnel aurait pris l'initiative n'est pas moins assorti du rappel de la plénitude de compétence du Conseil pour apprécier la constitutionnalité dans l'ordre juridique interne.

Cette image a pu également caractériser la position adoptée par le juge dans la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*¹⁵⁰. Visant l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel conclut à la non-contrariété entre le traité et le principe de laïcité posé par l'article 1^{er} de la Constitution. Ce faisant, le Conseil tient compte de l'interprétation de la juridiction pour laquelle les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme constituent des normes de référence¹⁵¹. Complémentarité entre les juridictions ou désistement du Conseil constitutionnel ? Le traité est déclaré conforme à la Constitution sous réserve d'une interprétation qui n'est pas la sienne, bien qu'il la consacre formelle-

149. Décision 2004-498 DC du 29 juillet 2004. Loi relative à la bioéthique, Rec. 122. Il s'accorde ainsi avec la jurisprudence constante de la Cour et l'article 234 du traité CE, imposant aux juridictions nationales de lui renvoyer des questions d'appréciation de validité des actes des institutions de l'Union.

150. Pour reprendre les termes d'A. Levade, *op. cit.*, p. 40.

151. L'article II-112 du traité indique clairement que, dans la mesure où la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne contient des droits correspondants à ceux garantis par la Cour européenne, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention. Le fait que la décision soit frappée de renvoi invalide-t-elle réellement la démarche du Conseil constitutionnel ? Elle ne dénature pas le sens de la décision : seule cette interprétation du principe de laïcité est conforme à la Constitution.

ment. Ce faisant, il perd la maîtrise de l'évolution de cette interprétation alors qu'il s'agit d'une « condition suspensive » de la compatibilité de la Charte avec la Constitution¹⁵². Dans le même temps est adressé un message fort aux juridictions européennes et ordinaires. Par ces deux décisions et les renvois opérés dans les visas, le Conseil constitutionnel reconnaît ainsi la compétence de la Cour de Strasbourg et de Luxembourg pour l'interprétation des ordres juridiques dont elles assurent le respect.

L'évolution de la rédaction des visas amorce également un dialogue de plus en plus formalisé entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires¹⁵³. Le Conseil s'assure ainsi de l'effectivité des décisions rendues par les autres juridictions. A l'occasion de la loi de finances rectificative pour 2005, le juge constitutionnel vise une décision du 29 juin 2005 du Conseil d'État, SA Etablissement Louis Mazet et autres, tirant les conséquences de l'arrêt n° C-276/97 du 12 septembre 2000 de la Cour de justice des Communautés européennes, également cité dans les visas : ces deux arrêts seraient privés d'effet par les dispositions de la loi de finances rectificative, justifiant leur censure au nom du principe de séparation des pouvoirs et de garantie des droits¹⁵⁴. La complémentarité entre les juridictions est également illustrée par le domaine des ordonnances, dont la décision du 2 décembre 2004, Simplification du droit, est un épisode. La saisine contestant essentiellement la ratification de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, le Conseil constitutionnel vise notamment la loi d'habilitation n° 2003-591 du 2 juillet 2003 ensemble la décision n° 2003-473 du 26 juin 2003, l'ordonnance du 17 juin 2004 ainsi que la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique. Dans le corps même de la décision, le Conseil mentionne un arrêt du Conseil d'État du 29 octobre 2004, admettant la ratification implicite de l'ordonnance par la loi du 9 août

152. Pour A. Levade, *op. cit.*, p. 42, la décision du Conseil constitutionnel perdrait son fondement et la ratification française du traité serait en quelle que sorte entachée d'un vice de consentement.

153. Le juge administratif n'hésite pas à viser directement la loi dont il est fait application et, s'il y a lieu, « ensemble la décision » du Conseil constitutionnel ayant statué sur sa conformité à la Constitution : voir l'arrêt de principe CE, Ass., 20 décembre 1985, Sté des Etablissements Outters c/Agence financière de bassin Seine-Normandie, Rec. 382 ; RFDA, 1986, p. 513, concl. P. Martin, visant l'article 62 dans le premier des visas ou encore CE, Ass., 11 mars 1994, Société la Cinq, Rec. 118 ; RFDA, 1994, 10, p. 441, concl. P. Frydman. En revanche, le juge judiciaire est plus réticent à utiliser la jurisprudence en tant que source du droit (en ce sens, G. Drago, L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois, Paris, Economica, 1991, p. 312 et s.) ; voir toutefois un arrêt récent de la Cour de cassation, visant l'article 62 et l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, modifié par la loi du 26 novembre 2003, « tel qu'interprété par la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 » (Cass. civ., 6 juillet 2005, n° 04-50055).

154. Décision 2005-531 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances rectificative, JO, 31 décembre 2005, p. 20730.

2004, et il juge que, la loi déferée se bornant à réitérer la ratification de ces dispositions, celles-ci ne peuvent plus être contestées¹⁵⁵. Il s'assure ensuite que les autres dispositions de l'ordonnance sont conformes aux réserves d'interprétation qu'il a émises lors de l'adoption de la loi d'habilitation citée dans les visas¹⁵⁶. De son côté, le Conseil d'État a visé, dans la décision du 29 octobre 2004, la Constitution et notamment son article 62, la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, la loi d'habilitation du 2 juillet 2003 et la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin, pour contrôler que l'ordonnance ne méconnaît ni les termes de la loi d'habilitation ni l'interprétation qu'en a donné, avec l'autorité qui s'attache à la chose jugée, le Conseil constitutionnel¹⁵⁷. A travers les visas utilisés tant par le Conseil constitutionnel que par le Conseil d'État émerge, au moins en apparence, un véritable jeu entre les juridictions.

Au-delà d'une simple modification dans la pratique rédactionnelle, la place prise par les visas révèle la nécessité d'une plus grande légitimité des décisions juridictionnelles et de l'office du juge constitutionnel. Leur fonction dépasse le strict cadre de la décision. Cette évolution n'est pas propre au contentieux constitutionnel. Le juge administratif modifie également la rédaction de ses visas, qui sont de plus en plus nombreux¹⁵⁸ ; il lui arrive par exemple de viser les lois autorisant la ratification des engagements internationaux et les décrets de publication¹⁵⁹, de même que sa propre jurisprudence¹⁶⁰. En matière judiciaire, la doctrine

155. Décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit, Rec. 211, cons. 13 : « comme l'a relevé le Conseil d'État par sa décision n° 269814-271119-271357-271362 du 29 octobre 2004, que l'article 153 de la loi du 9 août 2004 susvisée a implicitement ratifié les articles 3, 4, 6, 7, 9, 21, 22, 26, 27 et 28 de l'ordonnance du 17 juin 2004 ».

156. Décision 2004-506 DC, précitée, cons. 16, 17 et 19.

157. CE, 29 octobre 2004, Union nationale des syndicats français d'architectes, Req. n° 269814. De surcroît, la plupart des éléments visés par le Conseil d'État seront repris par le Conseil constitutionnel dans la décision du 2 décembre 2004.

158. Voir par exemple CE, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP), Rec. 71, visant le Préambule de la Constitution de 1946, la Constitution de 1958, plusieurs directives communautaires, quatre codes, la loi du 5 octobre 1938, la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 ; la loi n° 2003-591 du 11 juillet 2003 autorisant le Gouvernement à simplifier le droit ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 ; deux décrets et enfin, plus traditionnellement, le Code de justice administrative. Sur le visa de la note en délibéré, voir CE, 12 juillet 2001, Einhorn, Rec. 384 et, notamment, R. Chapus, Contentieux administratif, Paris, Montchrestien, 11^e éd., 2004, p. 862, n° 1037-1^o.

159. Voir par exemple CE, sect., 11 février 2005, Commune de Meudon, Rec. 55, visant la loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 qui autorise la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble le décret n° 74-360 du 3 mai 1974 qui en porte publication. Quelques jours plus tard, il se contente de viser directement la Convention européenne des droits de l'homme (CE, 18 février 2005, Mme Cadoret, Rec. 69).

160. CE ord., 25 août 2005, Commune de Massat, n° 284307.

est largement favorable à la généralisation des visas dans les arrêts de la Cour de cassation, qui ne s'impose pour l'heure que pour les décisions de censure¹⁶¹. Ces évolutions concordantes amènent à reconsidérer la fonction du visa. Signe de la régularité formelle du jugement, il devient aujourd'hui l'indice de sa légitimité.

161. Voir en particulier A. Perdriau, « Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation », JCP, 1995, I, 3866. Voir également A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », RTD Civ., 1974, p. 487, not. p. 502.