

PROBLEMES DE L'OMISSION LEGISLATIVE DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Questionnaire

pour le XIVe Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes

1. PROBLEMATIQUE DES LACUNES DU DROIT DANS LA DOCTRINE SCIENTIFIQUE

1.1. Concept de la lacune du droit

Veillez présenter l'aperçu des points de vues des scientifiques et spécialistes du droit de votre pays concernant les lacunes du droit (quelle est la définition de la lacune du droit; quels sont les types de lacunes du droit (par exemple, le caractère vague de la législation, *lacuna legis*, le vacuum juridique, l'omission législative, etc.); les causes des lacunes du droit, les problèmes concernant de vraies lacunes et celles supposées, les particularités des lacunes dans le domaine du droit privé et du droit public, les effets positifs et négatifs des lacunes du droit sont-ils examinés dans la doctrine?

Réponse générale sur la question des lacunes de la loi

1. La notion de lacune de la loi n'est pas reconnue formellement en droit constitutionnel

1.1. L'absence de statut du « vide juridique » en droit français

La question des lacunes de la loi est traitée, en droit français, de façon négative. En effet, l'article 4 du code civil énonce que : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.* » Ainsi la possibilité d'une lacune de la loi (en tant qu'elle constituerait un « vide juridique » qui priverait le juge de la possibilité de juger) n'est envisagée par le droit que comme un prétexte dont le droit interdit au juge de tirer

argument pour s'abstenir de juger. En interdisant au juge de constater une lacune, le droit français n'en reconnaît pas l'existence.

Dans la mesure où l'article 5 du code civil fait également interdiction au juge de « *prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* », il est également fait interdiction au juge de tirer argument d'une lacune en droit pour se substituer au législateur en énonçant une règle générale.

Cette double interdiction prend sa source dans la conception française de la séparation des pouvoirs qui tend à circonscrire le rôle du juge à celui de « bouche qui prononce les paroles de la loi », selon la formule célèbre de Montesquieu, et entend résumer le travail du juge à une « application » du droit au fait au moyen d'un raisonnement syllogistique où la règle de droit tient lieu de majeure, la constatation du fait de mineure, et le jugement de conclusion. Elle prive de tout intérêt la constatation formelle d'une lacune par le juge.

Cette conception de la mission du juge n'a nullement empêché le développement de jurisprudences. Certaines branches du droit ont même une origine essentiellement prétorienne. Il en va ainsi en particulier du droit administratif français élaboré depuis la fin du XIX^{ème} siècle par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Toutefois cette origine prétorienne du droit n'est pas adossée à une théorie de la lacune en droit. Si le juge dégage un principe ou une règle nouvelle destiné à combler l'absence de disposition prise par le législateur pour traiter tel type de situation (ce qui définit une lacune), il procède alors comme si ce principe avait toujours existé. En même temps qu'il comble une lacune, le juge la nie. Selon les termes de Ch. Huberland, la spécificité de la théorie de la lacune en droit, c'est qu'elle « se dévore elle-même ».¹

Par conséquent, la notion de lacune en droit n'est pas un objet particulier de recherche de la science juridique française. Celle-ci connaît les travaux animés par Chaïm Perelman, et notamment ceux consacrés aux lacunes en droit,² comme une critique philosophique à la fois de la théorie syllogistique du raisonnement judiciaire et de la conception, issue notamment du normativisme kelsénien, de la cohérence et de la

¹ « Les mécanismes institués pour combler les lacunes en droit », in : *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 66.

² *Ibid.* L'article de Chaïm Perelman est repris dans *Ethique et droit*, Edition de l'université de Bruxelles, 1990, PP 770-785.

complétude de l'ordre juridique. Néanmoins, en l'absence de consécration expresse de la notion de lacune dans le droit positif, ces travaux du philosophe belge sont perçus, dans la doctrine juridique française, comme un éclairage critique et non comme le fondement d'une théorie du droit.

1.2. L'absence en droit interne d'action en carence contre les omissions du législateur

Il n'existe pas en droit interne français de recours en manquement ou en carence contre l'inertie du législateur (à l'instar de l'article 175 du traité de Rome du 25 mars 1957 devenu l'article 232 du traité instituant la Communauté européenne). L'initiative de légiférer relève du pouvoir souverain du législateur. Même lorsque l'adoption d'une loi constitue une obligation résultant d'un texte constitutionnel ou d'un engagement international aucune juridiction française ne peut contraindre le parlement ni même lui adresser formellement l'injonction d'adopter une loi.

Il n'en va pas de même à l'égard de l'administration dont la carence dans l'édiction de la réglementation est soumise au contrôle du juge administratif. Ainsi, lorsque le législateur a créé une situation juridique nouvelle, il appartient au Gouvernement d'en tirer toutes les conséquences afin d'assurer la pleine application de la loi dans un délai raisonnable, en apportant les modifications à la réglementation applicable qui sont rendues nécessaires par les exigences propres à la hiérarchie des normes (CE Ass. 28 juin 2002, *M. Villemain*, Rec.229). Dès lors, le refus qui serait opposé par l'administration à la demande d'un requérant afin que des mesures réglementaires soient prises, peut être contesté devant le juge administratif qui peut l'annuler et prononcer, si nécessaire, une injonction à l'encontre de l'autorité administrative pour la contraindre à édicter les actes réglementaires nécessaires. Enfin, la carence ou l'inertie de l'administration peut être constitutive d'une faute ouvrant droit à réparation.

Un tel contrôle n'existe pas pour l'action législative : au contraire, le Conseil constitutionnel préserve contre les éventuelles immixtions de la loi elle-même, le pouvoir discrétionnaire du Gouvernement de déposer un projet de loi ainsi que celui, du parlement, de l'adopter. Ainsi, le Conseil constitutionnel censure les dispositions législatives faisant injonction au Gouvernement de déposer un projet de loi (Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 - Egalité entre français, cons. 38). D'autre part, il estime

« inopérantes », c'est-à-dire sans effet juridique, et par conséquent pas même digne de censure, les dispositions législatives qui s'interprètent comme des injonctions faites au législateur de se conformer à un programme législatif établi par la loi à l'avance (Décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982 - Réforme de la planification, cons. 8, 9 et 10).

Deux exemples particuliers et dans des domaines aussi différents que le droit communautaire et le droit électoral illustrent les limites du pouvoir du Conseil constitutionnel pour contrôler la carence du législateur.

1.2.1. La question de la transposition des directives communautaires

L'article 189 du traité de Rome (devenu l'article 249 du traité instituant la Communauté européenne) prévoit que les directives du Conseil lient les Etats membres quant au résultat à atteindre. Il s'ensuit l'obligation faite aux Etats membres de prendre les mesures législatives et réglementaires pour adapter leur droit interne aux objectifs fixés dans la directive. Le droit communautaire prévoit d'ailleurs que la carence d'un Etat à mettre sa législation en conformité avec la directive peut être sanctionnée au moyen de l'action en manquement prévue aux articles 226 à 228 du traité instituant la Communauté européenne.

Les juridictions internes françaises, et en particulier la juridiction administrative, ont reconnu depuis longtemps le plein effet en droit interne de cette obligation de transposer une directive (CE ass. 22 déc. 1978, *Ministre de l'Intérieur contre Cohn Bendit*). Il en résulte que si une directive n'a pas été transposée dans le délai prévu, elle peut être invoquée comme d'application directe par les juridictions (CE, 3 février 1989, *Cie Al Italia*). Cette obligation de transposer s'impose également au législateur et sa carence dans la transposition engage la responsabilité de la puissance publique (CE 28 février 1992, *Sté Arizona Tobacco products et SA Philip Morris France*).

En l'absence d'action directe devant le Conseil constitutionnel pour faire constater une telle carence, c'est à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité des lois qui lui sont déférées dans le cadre du contrôle *a priori*, que le Conseil constitutionnel a reconnu la portée constitutionnelle de l'obligation de transposer les directives du Conseil. Il s'est fondé ce faisant sur l'article 88-1 de la Constitution qui prévoit que : « *La République*

participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne constituées d'Etats qui ont choisis librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

Par conséquent, lorsqu'il est saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution (*i.e.* l'article qui organise le contrôle *a priori*) d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, le Conseil veille à ce que le législateur se soumette à l'exigence constitutionnelle de transposition. Ainsi, le Conseil a censuré, comme manifestement incompatibles avec les objectifs d'ouverture à la concurrence fixés par les directives communautaires « énergie », dont la loi déférée avait pour objet d'assurer la transposition, les dispositions de l'article 17 de la loi relative au secteur de l'énergie qui, pour l'électricité comme pour le gaz, faisaient peser sur les opérateurs historiques une obligation de fourniture à un tarif réglementé non limitée à la poursuite des contrats en cours au 1er juillet 2007 et non justifiée par des exigences précises de service public (décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006 - Loi relative au secteur de l'énergie).

Toutefois, le contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel quant au respect de cette exigence par le législateur est limité dans sa portée et dans ses effets. D'une part, le Conseil a jugé que sauf à ce que le constituant y ait consenti, la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. D'autre part, en cas de doute sur la portée d'une directive, le Conseil constitutionnel, qui statue avant la promulgation de la loi et dans un délai d'un mois, est dans l'impossibilité de saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne. Le contrôle exercé est par conséquent restreint à un contrôle de l'erreur manifeste.

Par ailleurs, la décision du Conseil concluant à l'absence d'« erreur de transposition manifeste » est rendue sans préjudice de la position des juridictions nationales et de celle de la CJCE quant à la conformité de la loi examinée au droit communautaire original et dérivé.

Enfin, ce contrôle permet de sanctionner une mauvaise transposition, mais ne permet pas au Conseil constitutionnel de sanctionner l'absence de transposition de la loi. Il

n'existe pas de recours devant le Conseil constitutionnel qui permette de faire sanctionner le retard de la France dans la transposition de telle ou telle directive.

1.2.2 Le découpage des circonscriptions électorales

La limitation des pouvoirs du Conseil constitutionnel apparaît plus clairement encore en ce qui concerne la nécessité législative de procéder à l'adaptation du découpage des circonscriptions électorales.

A l'occasion de l'examen des lois touchant à l'organisation des élections législatives, le Conseil constitutionnel a affirmé à plusieurs reprises que le principe d'égalité devant la loi, résultant de l'article 6 de la Déclaration de 1789, ainsi que le principe d'égalité du scrutin, reconnu par l'article 24 de la Constitution, impliquent que « l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, [soit] élue sur des bases essentiellement démographiques » (décision n° 86-208 DC du 2 juillet 1986, cons. 21 et décision n° 86-218 DC du 18 novembre 1986, cons. 7)

Or, le découpage actuel des circonscriptions électorales, dans lesquelles les députés sont élus selon le scrutin uninominal à deux tours, résulte de la loi du 24 novembre 1986 relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés. Il repose sur les données du recensement général de la population de 1982. Depuis lors, deux recensements généraux, intervenus en 1990 et 1999, ont mis en lumière des disparités de représentation peu compatibles avec les dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution.

Depuis 1999, le législateur est donc tenu, comme l'article L. 125 du code électoral le prévoit d'ailleurs, de procéder à un redécoupage des circonscriptions pour le mettre en conformité avec les évolutions démographiques. Sa carence constitue incontestablement une omission contraire à une obligation constitutionnelle.

Dans le cadre de sa mission de juge de la régularité des élections des députés, qu'il tient de l'article 59 de la Constitution, le Conseil a été saisi du moyen tiré de la violation du

principe d'égalité devant la loi à l'occasion d'une contestation, avant l'élection, du décret de convocation des électeurs et, après celle-ci, de l'élection de certains députés.

Plusieurs motifs font obstacle à ce que de tels contentieux soient pour le Conseil constitutionnel l'occasion de censurer la carence du législateur. D'une part, dans la mesure où la Constitution ne confère au Conseil constitutionnel le pouvoir d'examiner la conformité des lois à la Constitution que dans le cadre du contrôle *a priori* prévu par l'article 61, le Conseil ne se reconnaît pas le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois lorsqu'il statue comme juge de l'élection, sur le fondement de l'article 59 (décision du 20 septembre 2001 - M. HAUCHEMAILLE et M. MARINI). D'autre part, même lorsque le moyen tiré de la violation du principe d'égalité est fondé sur un traité international (en l'occurrence l'article 25 du pacte international des droits civils et politiques de l'ONU de 1966), le Conseil estime que la carence du législateur à mettre en conformité le découpage électoral est sans incidence sur la sincérité et la régularité des opérations électorales propre à chaque élection contestée (décision n° 2007-3451 et autres - LE MAILLOUX et autres, cons 5). En tout état de cause, le Conseil constate que la carence du législateur à opérer le redécoupage électoral ne peut justifier que le Conseil constitutionnel fasse obstacle à l'organisation périodique d'élections pour le renouvellement des représentants de la Nation (décision du 3 mai 2007 - M. P. JAN, cons. 4).

Compte tenu des conditions clairement circonscrites dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce ses pouvoirs, il ne peut, en l'état de sa jurisprudence, que regretter régulièrement, *obiter dictum*, que le législateur ne satisfasse pas cette obligation constitutionnelle de refonte du découpage électoral, et l'appeler à s'y conformer, dans les recommandations qu'il formule au lendemain des élections (observations du 15 mai 2003 relatives aux élections de juin 2002). Ces recommandations sont adressées au Gouvernement et rendues publiques mais elles n'ont aucune valeur juridique impérative.

3 Un dispositif de prévention des lacunes du droit : la sanction de l'incompétence négative

L'absence, dans le droit français, d'une action en manquement contre les éventuelles omissions du législateur, conduit le Conseil constitutionnel à utiliser d'autres moyens pour veiller à ce que le législateur exerce pleinement les missions qui lui incombent en vertu de la Constitution, notamment à l'occasion de l'examen des lois qui lui sont déférées.

Si le Conseil constitutionnel ne peut imposer au législateur d'édicter une norme, il veille néanmoins à ce que, dans son domaine, le législateur exerce sa compétence dans sa plénitude.

En développant ce contrôle, dit de « l'incompétence négative », le Conseil constitutionnel a repris dans son domaine un contrôle que la juridiction administrative applique traditionnellement au contrôle de la légalité des actes de l'administration : partant du principe que toute autorité doit exercer pleinement sa compétence, est sanctionné le manquement de l'autorité chargée d'édicter une règle, soit lorsqu'elle s'abstient ou refuse de prendre une décision dont l'édiction relève néanmoins de sa compétence, soit lorsqu'elle renvoie à tort à une autre autorité (généralement de rang inférieure dans l'ordre juridique) le soin de prendre cette décision.

Depuis sa décision du 26 janvier 1967 (Décision 67-31 DC du 26 janvier 1967 – Loi organique relative à l'indépendance et l'inamovibilité des magistrats) le Conseil constitutionnel applique ce contrôle à l'examen de la constitutionnalité des lois. Il a alors censuré les dispositions de la loi organique qui renvoyaient à un acte réglementaire le soin de définir les conditions d'affectation de certains magistrats nommés pour une durée limitée, sans que la loi organique ait précisé les garanties de nature à concilier le caractère temporaire des missions avec le principe constitutionnel d'inamovibilité des magistrats du siège.

Le contrôle de l'incompétence négative n'est pas, à l'origine, destiné à faire sanctionner les omissions du législateur. Il s'agit d'abord d'assurer le respect de la hiérarchie des normes en interdisant au législateur de déléguer à une autre autorité le soin de fixer une norme qui, en vertu de la Constitution, relève du seul domaine de la loi. Il en va ainsi lorsque le législateur laisse au Gouvernement, sans aucune limite, la responsabilité de

fixer la date à laquelle l'abrogation d'une loi ancienne produira effet (n°86-223 DC 29 décembre 1986, cons 14).

Toutefois, de même que la contrariété d'une norme à une norme matérielle supérieure peut également s'interpréter comme la violation d'une règle de compétence (la règle qui a été édictée n'aurait pu l'être valablement que par l'autorité habilitée à édicter la norme supérieure), réciproquement l'incompétence négative du législateur est de nature à engendrer une inconstitutionnalité matérielle.

Il en va en particulier ainsi des garanties nécessaires à l'exercice des droits constitutionnels. En effet, la carence du législateur à fixer lui-même les garanties nécessaires à l'exercice des droits et libertés constitutionnellement reconnus pourrait avoir pour effet de priver ces droits et libertés des garanties nécessaires à leur exercice. Le Conseil constitutionnel est ainsi conduit à déceler et à sanctionner les lacunes de la loi dans la définition de telles garanties. Dans la décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 sur la liberté de communication, il censure certaines dispositions relatives à la régulation des concentrations dans le domaine audiovisuel au motif « *qu'en raison de l'insuffisance des règles énoncées par les articles 39 et 41 de la loi pour limiter les concentrations susceptibles de porter atteinte au pluralisme, le législateur a méconnu sa compétence au regard de l'article 34 de la Constitution ; qu'au demeurant, du fait des lacunes de la loi, risquent de se développer, en particulier dans une même zone géographique, des situations caractérisées par des concentrations, non seulement dans le domaine de l'audiovisuel, mais également au regard de l'ensemble des moyens de communication dont l'audiovisuel est une des composantes essentielles* » (cons 35 à 37).

La sanction de l'incompétence négative met également en jeu l'application du principe constitutionnel d'égalité devant la loi. En effet, la carence du législateur dans la définition de ces garanties est de nature à laisser aux autorités administratives ou juridictionnelles chargées de l'application de la loi le soin de fixer ces garanties, ce qui, d'une part, augmente le risque que, dans certains cas, les principes constitutionnels en cause ne soient pas respectés et, d'autre part, ce qui crée des différences de traitement qui peuvent en elles mêmes constituer une rupture du principe constitutionnel d'égalité devant la loi. Par exemple, le Conseil juge qu'en laissant au président du tribunal le soin de décider, dans toutes les matières relevant du tribunal correctionnel, que l'affaire serait

jugée dans une formation composée soit de trois juges soit d'un seul juge, la loi « *met en cause le principe d'égalité devant la justice qui est inclus dans le principe d'égalité devant la loi proclamé dans la Déclaration des Droits de l'homme de 1789* » (Décision n°75-56 DC du 23 juillet 1975 - Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale).

A cette obligation « de faire » à l'égard des dispositions législatives nouvelles, correspond une obligation « de ne pas faire » à l'égard du droit existant. De même que le législateur doit veiller à ce que les dispositions législatives nouvelles soient assorties des précisions et garanties nécessaires à l'exercice des droits et libertés constitutionnels, correspond une exigence constitutionnelle comparable qui lui fait défense, lorsqu'il modifie ou abroge un texte existant, de « porter atteinte à l'exercice d'un droit ou d'une liberté ayant valeur constitutionnelle » (décision n° 84-185 du 18 janvier 1985 cons. 8). Le Conseil a par exemple jugé que « *l'abrogation totale de la loi d'orientation sur l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968, dont certaines dispositions donnaient aux enseignants des garanties conformes aux exigences constitutionnelles qui n'ont pas été remplacées dans la loi sur l'enseignement supérieur par des garanties équivalentes, n'est pas conforme à la constitution* » (Décision n° 83-185 DC du 20 janvier 1984 cons 42).

Compte tenu de l'absence, dans le système juridique français, de recours en carence contre une omission du législateur, l'existence de ce contrôle lors de l'abrogation d'une loi introduit une dimension asymétrique dans la mission du Conseil constitutionnel. S'il ne peut contraindre le législateur à adopter une législation fixant les garanties légales nécessaires à l'exercice des droits constitutionnels, en revanche, lorsqu'une telle législation existe, il peut interdire au législateur de les supprimer purement et simplement sans y substituer des garanties équivalentes. Cette asymétrie est généralement désignée sous le terme d'effet « cliquet ». Toutefois, contrairement à ce que cette expression peut laisser entendre, cette jurisprudence du Conseil constitutionnel n'interdit nullement au législateur « de modifier les textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, ce faisant, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles » (décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 cons 36).

1.2. Concept de l'omission législative³

Distingue-t-on les lacunes du droit prohibées par la Constitution ou par la réglementation juridique du niveau supérieur dans la doctrine scientifique? Dans la doctrine scientifique quel est le concept dominant de l'omission législative en tant que le type de la lacune du droit?

Question sans objet.

1.3 Conceptions de la cour constitutionnelle ou de l'institution analogue exerçant le contrôle constitutionnel (plus loin dans le questionnaire – la cour constitutionnelle) en tant qu'un législateur « négatif » et « positif ».

Dans la doctrine scientifique de votre pays quel est le concept dominant concernant la mission de la cour constitutionnelle comme une institution judiciaire? La cour constitutionnelle comme « législateur négatif ». La conception de la cour constitutionnelle en tant que « législateur positif ». Les problèmes concernant l'influence de la jurisprudence de la cour constitutionnelle sur le processus de création du droit? Dans la doctrine scientifique étudie-t-on les activités de la cour constitutionnelle relatives à l'examen et à l'appréciation des lacunes du droit aussi que l'influence des décisions de la cour constitutionnelle sur le processus du comblement des lacunes du droit? S'appuyant sur telles décisions est-ce que la dénomination des activités de la cour constitutionnelle comme « activisme », « modération », « minimalisme » était basée?

REPONSE : Le Conseil constitutionnel français est un organe constitutionnel indépendant dont la mission principale consiste à examiner, avant leur promulgation, la constitutionnalité des lois qui lui sont soumises. En application de l'article 62 de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours et s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. La jurisprudence du Conseil constitutionnel constitue donc une des sources du droit constitutionnel français. Compte tenu de leur valeur éminente dans l'ordre juridictionnel français, les décisions du Conseil constitutionnel sont examinées

³ Au cours de l'élaboration de ce questionnaire on s'est inspiré du concept de l'omission législative déterminé par la décision de la Cour constitutionnelle de la République de Lituanie du 8 août 2006 qui été envoyée avec le projet préliminaire de la questionnaire aux membres de la CCCE. Dans ladite décision l'omission législative est considérée comme la lacune du droit qui est interdite par Constitution ou par une autre acte juridique de niveau supérieur. Les concepts constitutionnels de la lacune de droit et de l'omission législative sont exposés dans les motifs de ladite décision (voir: le chapitre II, les points 4.3-9.2).

avec attention et largement commentées par la doctrine du droit. A ce titre, la jurisprudence sur l'incompétence négative du législateur est connue et commentée.

2. ETABLISSEMENT DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DE L'OMISSION LEGISLATIVE DANS LA CONSTITUTION, DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE OU DANS LES AUTRES ACTES JURIDIQUES

2.1. Constitution dans le système juridique national.

Présentez votre modèle en pyramide hiérarchique des actes juridiques nationaux (par exemple, en Lituanie tous les actes juridiques nationaux doivent être conformes à la Constitution, les lois, les autres actes juridiques adoptés par le Parlement, les actes réglementaires adoptés par le Président et Gouvernement doivent être conformes aux lois constitutionnelles, etc.). La portée et la place de la constitution dans le système de droit. La cour constitutionnelle quel concept de la constitution comme le droit suprême développe-t-elle? Le concept de la constitution en tant que la réglementation juridique explicite et implicite. Dans la jurisprudence constitutionnelle la constitution est-elle considérée comme le droit qui n'a pas de lacunes?

REPONSE : La Constitution de la cinquième République adoptée le 4 octobre 1958, ainsi que les textes ayant valeur constitutionnelle auxquels elle fait référence (*i.e.* le Préambule de la Constitution de 1946, lui-même faisant référence à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi qu'au « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »), constituent, dans l'ordre juridique français, la norme fondamentale. L'ensemble des lois et des actes de l'administration doit s'y conformer.

Les conditions dans lesquelles la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridictionnel français est contrôlée sont strictement encadrées. La conformité à la Constitution des lois votées par le Parlement ne peut être examinée que par le Conseil constitutionnel, et ce dans le cadre d'un contrôle *a priori*, antérieur à la promulgation de la loi, et à condition que la loi soit déférée au Conseil constitutionnel. Une fois promulguée, la loi ne peut plus être contestée sur le fondement d'une contrariété à la Constitution. Il n'existe donc pas, en droit français, de procédure d'exception d'inconstitutionnalité *a posteriori* (bien que celle-ci soit envisagée dans le cadre des projets de révision constitutionnelle en cours de

discussion). Ainsi, les juridictions compétentes pour examiner la légalité des actes réglementaires ou individuels de l'administration, s'interdisent de contrôler la constitutionnalité des lois. Toutefois, elle peuvent examiner la conformité à la Constitution des actes de l'administration, pour autant qu'aucune loi ne fait écran à ce contrôle (CE. Sect. 6 nov. 1936, *Arrighi*).

2.2. L'établissement *expressis verbis* de la juridiction de la cour constitutionnelle dans la constitution du pays d'examiner et apprécier la constitutionnalité des lacunes du droit.

Quels actes juridiques (les lois constitutionnelles, les lois organiques, les lois référendaires, les lois ordinaires, les règlements intérieurs des parlements, les traités internationaux, les lois adoptées par les sujets de la fédération, les actes réglementaires et aussi les actes législatifs et réglementaires qui ont été adoptés avant l'entrée en vigueur de la constitution) sont dénommés directement comme l'objet du contrôle constitutionnel?

Dans la constitution nationale est-t-il fixé *expressis verbis* que la cour constitutionnelle examine et apprécie la constitutionnalité des lacunes du droit (l'omission législative)?

La constitution prévoit-elle les procédures spéciales d'examen de l'omission législative?

REPONSE : Le Conseil constitutionnel examine systématiquement, avant leur promulgation les lois dites « organiques » (il s'agit de lois dont l'existence est prévue par la Constitution et dont l'objet est de réglementer le fonctionnement de certains pouvoirs publics), ainsi que les Règlements des assemblées parlementaires.

Il examine également, lorsqu'ils lui sont déférés, les lois, avant leur promulgation, ainsi que les engagements internationaux, avant leur ratification ou leur approbation.

La Constitution ne prévoit pas expressément les cas ou les procédures applicables au contrôle des omissions du législateur.

2.3. Interprétation de la juridiction de la cour constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle d'examiner et apprécier la constitutionnalité des lacunes du droit.

La Cour constitutionnelle comme un interpréteur officiel de la constitution. La cour constitutionnelle a-t-elle plus précisément dévoilé ses pouvoirs d'examiner et d'apprécier

l'omission législative fixés explicitement dans la constitution? Les conclusions sur la compétence de la cour constitutionnelle d'examiner et d'apprécier l'omission législative fixée implicitement dans la constitution, sur quoi sont fondées-t-elles? La cour constitutionnelle a-t-elle formulé la doctrine des effets de constatation de l'omission législative? Si la réponse est affirmative, caractérisez-la.

REPONSE : Cf. question n° 1, point 1.1.

2.4. L'établissement de la juridiction de la cour constitutionnelle d'examiner et d'apprécier la constitutionnalité des lacunes du droit dans la loi sur la cour constitutionnelle ou dans l'autre acte juridique.

Les pouvoirs de la cour constitutionnelle d'examiner et d'apprécier les lacunes des lois et celles des autres actes juridiques, sont prévus dans la loi sur la cour constitutionnelle ou dans l'autre acte juridique (si cela n'est pas fixé directement dans la constitution) ? Cette loi (ou l'autre acte juridique) prévoit-t-elle des procédures spéciales de l'examen de l'omission législative? Si la réponse est affirmative, caractérisez-les. Conformément à cette loi (ou à l'autre acte juridique) quelles décisions la cour constitutionnelle prend-elle ayant constaté l'omission législative? Ladite loi ou l'autre acte juridique prévoit-il qui et comment doit combler l'omission législative? Dans les autres lois et actes juridiques est-il prévu cela (par exemple, dans le règlement intérieur du parlement)?

REPONSE : Aucun texte (Constitution, loi organique, loi ordinaire, règlement des assemblées) n'organise spécifiquement le pouvoir du Conseil constitutionnel en matière d'omission du législateur.

3. OMISSION LEGISLATIVE COMME L'OBJET DE L'EXAMEN DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

3.1. Saisine de la cour constitutionnelle.

Quels sujets sont autorisés à saisir la cour constitutionnelle dans votre pays?

Est-ce que tous les sujets peuvent poser la question sur l'omission législative?

REPONSE : En vertu de l'article 61 de la Constitution, les lois organiques et les Règlements des assemblées ne peuvent être promulgués ou mis en application sans que le Conseil constitutionnel ait vérifié leur conformité à la Constitution. La saisine résulte

alors d'une transmission par le Premier ministre du texte définitivement adopté par le Parlement.

Lorsque sa saisine est facultative (c'est-à-dire pour les loi « ordinaires »), le Conseil peut être saisi par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale ou celui du Sénat ainsi que, depuis la réforme constitutionnelle du 29 octobre 1974, par soixante députés ou soixante sénateurs. Ce dernier mode de saisine (par les députés ou les sénateurs) constitue désormais le mode le plus fréquent de saisine du Conseil constitutionnel pour l'examen d'une loi ordinaire. Le Conseil ne peut être saisi ni par voie d'action ni par voie d'exception par des citoyens.

Il n'existe pas de « question » spécifique d'omission législative. Dans le cadre du contrôle *a priori*, la loi est déférée en totalité au Conseil constitutionnel. La question éventuelle de l'incompétence négative du législateur est soumise au Conseil comme un moyen exposé dans la saisine.

3.2. Omission législative dans les requêtes déposées par les requérants.

Les requérants qui saisissent la cour constitutionnelle peuvent-ils baser leurs doutes concernant constitutionnalité de la loi ou d'autre acte sur la lacune du droit (sur l'omission législative) contenue dans ces lois ou actes contestés?

REPONSE : Oui, il s'agit d'un moyen de la saisine (cf supra).

Quelle part parmi les requêtes déposées à la cour constitutionnelle constitue-t-elle les requêtes dans lesquelles l'incompatibilité de l'acte avec la constitution est liée à l'omission législative?

REPONSE : Cf réponse infra, point 4.1.

Quels sujets ayant le droit de saisir la cour constitutionnelle fondent-ils relativement plus souvent leurs requêtes sur l'omission législative qui est la cause de l'incompatibilité de l'acte avec la constitution? Est-ce que les exigences spéciales pour la structure, le contenu et la forme des requêtes concernant l'inconstitutionnalité l'omission législative sont prévues?

Non

Si la réponse est affirmative, caractérisez-les. Est-ce que ces exigences sont déterminées dans la loi sur la cour constitutionnelle (ou dans l'autre acte juridique), où elles sont formulées dans la jurisprudence constitutionnelle?

3.3. Examen de l'omission législative sur l'initiative de la cour constitutionnelle.

La cour constitutionnelle examinant la requête étudie-t-elle l'omission législative par son initiative et de quoi se fonde-t-elle pour y procéder (si le requérant ne demande pas à examiner la question de l'omission législative)? Indiquez les affaires typiques et décrivez plus largement les motifs de la juridiction.

REPONSE : Le Conseil constitutionnel n'est pas lié par les moyens de la saisine par laquelle la loi lui est déférée. La loi déférée lui est soumise dans son ensemble. Toutefois, en principe, le Conseil examine les articles qui lui sont expressément soumis au regard des moyens de la saisine. Le Conseil peut soulever d'office l'inconstitutionnalité d'un article de la loi qui n'était pas visé dans la saisine ou soulever d'office un moyen que les requérants n'ont pas soulevé. Il ne le fait que s'il estime que la question revêt à ses yeux une importance particulière.

Les conditions dans lesquelles la question de l'incompétence négative est examinée obéissent à ces dispositions générales.

3.4. Omission législative dans les lois et dans les autres actes juridiques.

La cour constitutionnelle examine et apprécie-t-elle les lacunes de la réglementation juridique non seulement dans les lois mais également dans les autres actes juridiques (par exemples, des traités internationaux, des actes réglementaires et etc.)?

REPONSE : Les actes de l'administration ne sont pas soumis au contrôle du Conseil constitutionnel, mais à celui de la juridiction administrative, laquelle sanctionne également (cf. supra question n° 1 point 3) l'incompétence négative lorsqu'une autorité administrative a pris une décision sans épuiser sa compétence. S'agissant de l'examen des traités internationaux, la mission du Conseil constitutionnel, en application de l'article 54 de la Constitution, consiste à examiner s'ils comportent une clause contraire à la Constitution qui ferait obstacle à leur ratification ou leur approbation. Dans ces conditions, il n'exerce pas de contrôle de l'incompétence négative.

L'omission législative signifie-t-elle seulement la lacune de la réglementation juridique incompatible avec la constitution ou également la lacune incompatible avec la réglementation juridique de la force supérieure (par exemple, l'acte réglementaire du gouvernement ne contient pas des éléments de la réglementation qui sont nécessaires selon la constitution ou la loi compatible avec la constitution)? Est-ce qu'on peut identifier l'omission législative lors de la procédure législative déléguée au cas où la notion « peut » (« a le droit ») est utilisée et les normes de l'acte réglementaire ne considèrent qu'une partie de la délégation?

Sans objet.

3.5. Refus de la cour constitutionnelle d'examiner et d'apprécier les lacunes du droit.

La cour constitutionnelle en vertu de quoi refuse-t-elle de d'examiner et d'apprécier la constitutionnalité de la lacune du droit (l'absence de la référence directe concernant un tel examen dans la constitution et dans la loi, les particularités de son statut juridique, la doctrine « des questions politiques », le respect à la discrétion du législateur dans le processus législatif ou l'autre)?

REPONSE : Le Conseil constitutionnel ne « refuse » pas d'examiner l'incompétence négative du législateur.

3.6. Initiation d'un examen de nature « apparentée ».

La cour constitutionnelle qui n'examine pas l'omission législative peut-elle effectuer les examens de nature « apparentée » dans les affaires constitutionnelles ? De tels examens sont-ils entamés sous la requête d'un requérant ou sur l'initiative de la cour ? De tels examens ont-ils été liés à la protection des droits et libertés constitutionnels?

Sans objet

4. EXAMEN ET APPRECIATION DE LA CONSTITUTIONNALITE DE L'OMISSION LEGISLATIVE

4.1. Particularités de l'examen de l'omission législative.

Quelles sont les particularités de l'examen de l'omission législative lors du contrôle *a priori* et lors du contrôle *a posteriori* ? Est-ce que les problèmes de l'omission législative sont aussi

évidents dans les affaires relatives aux compétences des institutions du pouvoir public ou aux droits et libertés constitutionnels violés, etc.? Les particularités de l'examen et de l'appréciation de l'omission législative dans les affaires constitutionnelles concernant les lois qui assurent la mise en œuvre des droits et libertés individuels (droits politiques, sociaux, économiques et culturels). Les particularités de l'examen de l'omission législative des lois et d'autres actes juridiques qui réglementent l'organisation et le fonctionnement du pouvoir public. Les particularités de l'examen de l'omission législative dans le droit matériel et le droit procédural. Les particularités de l'examen de l'omission législative dans le droit public et dans le droit privé. Les particularités de l'examen de l'omission législative lors du contrôle de constitutionnalité des traités internationaux. En répondant à ces questions indiquez les affaires constitutionnelles avec les exemples typiques.

REPONSE : Le champ d'application du contrôle de l'incompétence négative

Sur plus de 550 décisions rendues par le Conseil constitutionnel depuis 1959 en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, moins d'une centaine répondait directement à des moyens fondés sur l'incompétence négative du législateur. Selon le décompte réalisé pour les « *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* »⁴ de 1982 à 2005, le Conseil constitutionnel a rendu 83 décisions sur la question de l'incompétence négative. Dans 23 décisions, il a censuré sur ce fondement une disposition déférée. Les 60 autres décisions rejettent le moyen tiré de l'incompétence négative.

Le contrôle de l'incompétence négative du législateur n'est pas exercé de façon uniforme selon les matières concernées : il est d'autant plus exigeant que les normes de référence constitutionnelles sont plus précises ou exigent une plus grande précision du législateur.

- La précision des exigences constitutionnelles concerne en particulier le domaine des libertés publiques et le droit fiscal. S'agissant du premier, l'article 34 de la Constitution prévoit qu'il appartient à la loi de fixer les règles concernant « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ». Dès lors l'exigence imposée au législateur d'assortir les droits constitutionnellement protégés des garanties nécessaires à leur exercice revêt, en cette matière, une précision particulière. Ainsi, une disposition de nature à affecter le droit au respect de la vie privée et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques

⁴ L. Favoreu et L. Philip, Dalloz, 13^{ème} édition, p. 1999.

doit comporter des garanties « *appropriées et spécifiques* » pour répondre à cette exigence constitutionnelle. Il en résulte que la loi doit apporter des précisions dont la définition ne peut être laissée à l'appréciation de l'autorité administrative indépendante chargée d'en assurer le respect (décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons 11).

S'agissant du droit fiscal, en application de l'article 34 de la Constitution il appartient à la loi à la loi de fixer « *l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures* ». Cette exigence n'est pas compatible avec l'adoption de dispositions fiscales rédigées en termes ambigus qui se prêtent à au moins deux interprétations différentes (décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, cons 3 à 5) et qui auraient laissé à l'administration fiscale le soin de définir, par voie de circulaire, l'assiette exacte d'une nouvelle imposition.

- En ce qui concerne l'exigence constitutionnelle de précision de la loi, c'est la matière pénale qui en constitue le domaine de prédilection. En effet l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit que « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ». De cette règle, le Conseil constitutionnel a déduit l'exigence faite au législateur « de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » (décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 « Loi sécurité et liberté », cons. 7). Le Conseil constitutionnel rappelle de façon constante cette exigence et s'assure que la définition des infractions n'est ni obscure ni imprécise et que ses éléments constitutifs sont définis sans ambiguïté.

Le Conseil est donc conduit à censurer les dispositions de la loi pénale tendant à définir les infractions en des termes ambigus qui seraient laissés à l'arbitraire du juge. Il en va ainsi d'une infraction réprimant tout administrateur « se rendant coupable de *malversation* », alors que cette notion est vague et que la loi n'en précise pas le champ d'application (n° 84-183 DC du 18 janvier 1985). Plus récemment, la décision n° 2006-540 du 27 juillet 2006 (relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information) a donné l'occasion au Conseil de censurer plusieurs notions, tel le « travail collaboratif » ou « l'interopérabilité » dont l'emploi définissait le champ d'application de la loi pénale, sans que le législateur ait défini en termes clairs et précis le sens qu'il

attribuait à ces notions. Le Conseil censure également les dispositions de la loi pénale qui font dépendre le champ d'application d'une infraction d'une décision de l'administration (n° 98-399 du 5 mai 1998).

Au contraire, d'autres matières s'exposent moins à une sanction pour l'incompétence négative. Il en va ainsi du droit social. En effet, d'une part, le domaine du « *droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale* » relève, en vertu de l'article 34 de la Constitution, d'une catégorie dont la loi « détermine les principes fondamentaux », ce qui paraît exiger un degré de précision moindre que celui qui peut être requis dans les matières où la loi doit « fixer les règles ». D'autre part, le Conseil constitutionnel a reconnu une large marge d'appréciation au législateur dans le domaine des droits économiques et sociaux reconnus par le Préambule de 1946. Ainsi, s'agissant du droit à l'emploi ou de la protection de la sécurité matérielle, du repos et des loisirs, le Conseil rappelle de façon constante qu'il incombe au législateur de poser des règles propres à assurer les conditions de sa mise en œuvre (décisions n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 5, n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons 46 et n° 20047-509 DC du 13 janvier 2005 cons 24). Enfin, le rôle que la Constitution, au travers du 8^{ème} alinéa du Préambule de 1946, reconnaît à la négociation collective, légitime la démarche consistant à définir dans la loi les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail puis à renvoyer à la négociation collective le soin de préciser les modalités concrètes de mise en œuvre de ces normes (n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005). Dans ces conditions, le législateur ne méconnaît pas l'étendue de sa compétence en ne fixant pas lui-même l'ensemble des modalités d'application de loi qu'il peut également renvoyer au décret (décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007).

4.2. Détermination de l'existence de l'omission législative.

Indiquez les critères formulés par la jurisprudence de la cour constitutionnelle de votre pays sur la base desquels les lacunes de législation sont reconnues comme inconstitutionnelles? Est-ce que la cour constitutionnelle n'analyse que des dispositions contestées de la loi ou de l'autre acte juridique? Est-ce que la cour constitutionnelle ne se contente pas seulement de l'analyse autonome du contenu des dispositions contestées (ou de l'acte juridique contesté) et elle les analyse dans tout le contexte de réglementation juridique établie dans l'acte (ou dans le système des actes juridiques ou dans tout le domaine de système de droit)? Est-ce que la cour constitutionnelle peut examiner et apprécier l'omission législative de la réglementation juridique qui existait antérieurement ? La cour constitutionnelle en analysant

l'évolution des dispositions contestées (ou l'acte juridique contesté) fixe-t-elle des lacunes dans la réglementation juridique précédente? Ayant identifié l'omission législative la cour constitutionnelle n'examine-t-elle et n'apprécie-t-elle que le contenu et la forme de la réglementation juridique ou également sa pratique de mise en œuvre?

REPONSE : Les modalités de mise en œuvre du contrôle

La méconnaissance des règles de compétence est en principe sanctionnée par la censure de la disposition contestée. La disposition déclarée non conforme à la Constitution, ainsi que l'ensemble des dispositions qui ne peuvent en être détachées, ne peut être promulguée. Ce système binaire, du tout ou rien, est dans de nombreux cas inadapté à la nature des difficultés qui sont soumises à l'examen du Conseil constitutionnel. S'agissant des lacunes de la loi en particulier, cette sanction est inutilement sévère à l'égard du législateur à qui il est reproché de ne pas avoir précisé telle garantie d'application de la loi ou de ne pas avoir d'emblée pris la précaution d'écarter telle interprétation qui serait contraire à la Constitution. C'est la raison pour laquelle la technique des réserves d'interprétation, voire des interprétations directives, développées par le Conseil de manière prétorienne, est particulièrement appropriée pour répondre aux lacunes ou aux insuffisances de la loi.

Les réserves d'interprétation

Bien que le Conseil constitutionnel ait eu recours aux réserves d'interprétation dès le début de son existence (décision n° 2 DC du 17 juillet 1959), il n'a que tardivement fondé le principe de cette technique et les conditions dans lesquelles il y est recouru (Décision, cons. 33). Ainsi, depuis sa décision n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, le Conseil précise qu'il « *ne lui appartient 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* » (cons 33 ; cf. également n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 9). Le recours aux réserves d'interprétation correspond donc à des hypothèses où un principe constitutionnel est mis en cause mais où le Conseil y remédie par l'interprétation qu'il impose. Dès lors que sans contredire la lettre de la loi dont l'examen lui est soumis et sans travestir l'intention du législateur, il peut remédier à la difficulté soumise au moyen d'une réserve d'interprétation, le Conseil y recourt de préférence à la censure de la

disposition, selon un principe implicite de subsidiarité et de nécessité des sanctions qu'il applique.

S'agissant de l'incompétence négative, il arrive ainsi que la carence du législateur à préciser les conditions d'exercice d'un droit ou d'une liberté de valeur constitutionnelle puisse aisément être comblée par une réserve dite « directive » en ce qu'elle impose aux autorités administratives ou juridictionnelle chargées d'appliquer la loi, la norme manquante, comme la loi aurait dû le faire elle-même.

Ainsi, le Conseil peut prendre appui sur le fait que la mise en œuvre de la loi nécessitera un décret d'application, pour ordonner que cet acte réglementaire respecte telle garantie qu'il fixe. Par exemple, pour la durée du mandat des membres de la Commission de recours des réfugiés, le Conseil a estimé que : *« Si le caractère limité du mandat des membres de la Commission relève du domaine de la loi, le législateur a pu laisser au pouvoir réglementaire le soin d'en préciser la durée. Toutefois, il appartiendra à un décret en Conseil d'Etat, sous le contrôle du juge administratif, de fixer cette durée de sorte qu'il ne soit pas porté atteinte ni à l'impartialité ni à l'indépendance des membres de la Commission »* (décision n° 2003-485 du 4 décembre 2003, cons 62). Par conséquent, les délais de mandat devront être suffisamment longs pour garantir l'indépendance et l'impartialité des membres ; à défaut la juridiction administrative pourra annuler le décret.

Une réserve d'interprétation peut également créer une voie de droit qui jusque là n'était pas organisée dans les textes. Ainsi, lors de l'examen des dispositions législatives relative à la rétention administrative des étrangers, le Conseil rappelle qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle, cette autorité *« conserve la possibilité d'interrompre à tout moment le maintien en rétention d'un étranger, de sa propre initiative ou à la demande de l'intéressé, lorsque les circonstances le justifient »* (décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons 66). En reconnaissant ainsi explicitement au juge le pouvoir de se saisir d'office pour protéger la liberté individuelle, le Conseil fixe la règle et oblige le pouvoir réglementaire à en définir les modalités d'application (ce qui fut fait par l'article 14 du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 devenu l'article R 552-18 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.)

Les interprétations directives ou semi-réserves

Les lacunes de la loi peuvent être réelles ou supposées. Le plus souvent elle sont supposées, ou plutôt dénoncées par les requérants. Il n'est pas rare que le Conseil ait à écarter un grief tendant à dénoncer l'incompétence négative du législateur à qui il est reproché de n'avoir pas prévu les garanties assurant la protection de droits et libertés de valeur constitutionnelle. Le Conseil le fait soit en constatant que la loi apporte effectivement les garanties dont l'absence est dénoncée, en ce cas il rejette purement et simplement le grief (décision n° 99-424 DC du 29 décembre 1999 cons 40 et 41), soit en répondant que les règles du droit existant apportent en la matière les garanties adéquates auxquelles le législateur selon la formule fréquemment employée « n'a pas entendu déroger ».

Ce faisant, le Conseil procède à une interprétation par avance de la loi nouvelle dans le cadre du droit existant. Ainsi, pour une loi instaurant des pénalités fiscales, le Conseil rappelle que ces dispositions nouvelles ne portent pas atteinte aux règles générales qui président à la poursuite des infractions à la loi fiscale, s'agissant de la charge de la preuve de la mauvaise foi ou du respect des droits de la défense (décision n° 2003-489 du 29 décembre 2003, cons. 12). Il n'est pas rare également que sur une disposition impliquant ou susceptible d'impliquer un nouveau traitement de données à caractère personnel et dont les requérants dénoncent le caractère attentatoire à la vie privée, le Conseil rappelle que sa mise en œuvre est placée sous le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (décision n° 99-416 du 23 juillet 1999, cons 46), qu'il n'est pas dérogé aux « *dispositions protectrices de la liberté individuelle prévue par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* » (décision n° 92-316 du 20 janvier 1993 cons. 14) ou que « *dans le silence de la loi déferée, les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 susvisée s'appliquent de plein droit aux traitements de données à caractère personnel qui pourraient éventuellement être mis en œuvre* » (décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, cons 31).

A moins qu'il ait précisé explicitement que le grief « *manque en fait* » ou qu'il « *ne saurait être fait grief au législateur d'être resté en deçà de la compétence qui est la sienne en vertu de la Constitution* » (n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, cons 8) il peut se révéler

difficile d'apprécier si le Conseil a entendu simplement répondre à un grief ou s'il a estimé nécessaire de procéder à une interprétation directive de la loi pour des motifs constitutionnels. De telles interprétations n'ont en effet pas toujours pour seul objet de motiver le rejet du grief formé à l'encontre de la décision. En effet, même lorsqu'il n'est pas question d'écarter une éventuelle interprétation de la loi qui serait contraire à la Constitution, ce qui relève de la logique des réserves interprétatives stricto sensu, la clarification des conditions dans lesquelles la loi nouvelle doit être interprétée poursuit également l'objectif d'assurer l'intelligibilité de la loi dont le Conseil reconnaît qu'il s'agit d'un objectif de valeur constitutionnelle qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'intelligibilité de la loi est inhérente à une conception républicaine de la loi conçue comme un rempart contre l'arbitraire (décision n°2001-455 du 12 janvier 2002 cons 8 et 9).

Ainsi, le Conseil constitutionnel a développé le recours à des interprétations directives de la loi, appelées également parfois « semi réserves ». Il s'agit de réserves indirectes : la disposition en cause ne heurte directement aucun principe constitutionnel pas plus qu'aucune des interprétations raisonnables possibles. Toutefois, dans le silence ou l'ambiguïté de la loi, les errements d'application et les divergences d'interprétation sont à craindre. Le Conseil constitutionnel n'entend certes pas régler à l'avance l'ensemble des difficultés d'interprétation à venir de la loi qui lui est déférée. L'ambition serait d'ailleurs déraisonnable et l'objectif hors d'atteinte. Il le fait cependant lorsque les conditions d'exercice d'un droit fondamental paraissent en cause et que, par conséquent, l'exigence de sécurité juridique est particulièrement élevée.

C'est un raisonnement de cette nature qui a récemment conduit le Conseil, lors de l'examen du dispositif instaurant des peines minimales applicables aux auteurs d'infraction en état de récidive légale, à préciser les conditions d'application de la loi nouvelle aux personnes qui, sans être pénalement irresponsables, sont atteintes d'une altération de leurs facultés mentales. Jusqu'en 1994, ces personnes bénéficiaient d'une circonstance atténuante permettant au juge de prononcer s'il le jugeait approprié, une peine inférieure au minimum de peine prévue. Avec le nouveau code pénal, les minima de peine et les circonstances atténuantes ont été supprimés. On pouvait donc s'interroger pour savoir ce qu'il en était dans le nouveau dispositif rétablissant des planchers de peine pour les récidivistes et ce d'autant plus que, depuis le nouveau code pénal, la Cour de

cassation juge constamment que l'altération des facultés mentales n'est pas une cause de diminution de peine nécessitant qu'une question particulière soit posée à la Cour d'assises (Cass. 1er octobre 1997, bull n° 322).

Il paraissait donc évident que la question allait surgir en pratique et on ne pouvait que regretter, pour la bonne intelligibilité de la loi, que le législateur ait laissé cet aspect du droit lacunaire. Le Conseil a estimé nécessaire de régler à l'avance cette question et, au vu des travaux parlementaires, a jugé qu'il n'avait pas été dérogé aux règles spéciales applicables aux malades mentaux : « *même lorsque les faits ont été commis une nouvelle fois en état de récidive légale, ces dispositions permettent à la juridiction de prononcer, si elle l'estime nécessaire, une peine autre que l'emprisonnement ou une peine inférieure à la peine minimale* » (décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, cons . 18).

Si on ne peut faire dire à cette décision du Conseil que le choix d'appliquer le régime des peines planchers aux malades mentaux auteurs d'infraction en récidive serait nécessairement contraire à la Constitution, la solution retenue par le Conseil dans cette interprétation directive ne relève pas pour autant d'un simple choix d'opportunité. En effet, le Conseil confère une valeur constitutionnelle au principe selon lequel en matière de crimes et de délit, il ne peut y avoir d'infraction sans que soit caractérisé un élément moral de l'infraction (n° 99-411 du 16 juin 1999, cons 16 ; n° 2003-467 du 13 mars 2003 cons. 77 ; 2004-492 du 2 mars 2004, cons 18 et 19). La question du sort de la responsabilité pénale des malades mentaux était à cet égard suffisamment sérieuse pour justifier que, dans le silence de la loi et en absence de tout éclairage des travaux parlementaires, le Conseil retienne que l'application de la loi nouvelle sur la récidive n'avait pas pour effet de modifier ce régime spécial de responsabilité pénale.

4.3. Méthodologie de dévoilement de l'omission législative.

Caractérisez la méthodologie de dévoilement de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle. Quelles méthodes et leurs combinaisons sont appliquées par la cour constitutionnelle lors de l'identification de l'omission législative ?

Lors de la constatation de l'omission législative quelle importance est-il attribuée à la méthode grammaticale, logique, historique, systématique, téléologique et aux autres méthodes de l'interprétation ? En examinant et évaluant l'omission législative la cour constitutionnelle se réfère-t-elle directement ou indirectement à la pratique de la Cour européenne des Droits de l'Homme, de la Cour de justice des Communautés européennes,

des autres institutions de justice internationales, des cours constitutionnelles ou des cours suprêmes des autres pays?

Non

4.4. Mesures complémentaires.

Ayant constaté l'omission législative relative à la protection des droits individuels la cour constitutionnelle prend-elle des mesures en vue d'assurer ces droits ? Si c'est le cas, quelles sont ces mesures ?

Réponse : En l'absence d'action en manquement (cf. supra question n° 1, point 2) le contrôle de l'incompétence négative du législateur prend place dans le cadre de l'examen *a priori* des lois. Si une loi ou une disposition législative est déclarée non conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, elle ne peut être promulguée.

4.5. La cour constitutionnelle examine l'omission législative comme un élément de l'examen de l'affaire constitutionnelle mais elle n'estime pas sa constitutionnalité.

Est-ce que la lacune du droit (l'omission législative) est fixée dans les motifs de l'arrêt de la cour constitutionnelle et est-ce que l'attention du législateur ou d'un autre sujet de la création de droit est attiré sur la nécessité de combler la lacune, est-ce que les conseils sont exposés au législateur (autre sujet de la création de droit) comment éviter de tels défauts dans la législation (est-ce que les critères de réglementation juridique probable sont indiqués, est-ce que le délai est recommandé pour adopter les amendements)?

Dans les motifs de sa décision la cour constitutionnelle expose-t-elle comment il faut comprendre la réglementation juridique pour ne pas y avoir l'omission législative, ainsi corrigeant la réglementation juridique actuelle (en fait en la complétant)?

Dans les motifs de la décision la cour constitutionnelle fixe-t-elle l'existence de l'omission législative ou l'existence d'une autre lacune de la réglementation juridique et indique-t-elle qu'une telle absence de réglementation juridique est comblée en appliquant les principes généraux de droit par les juridictions de droit commun?

Est-ce que la cour constitutionnelle applique d'autres modèles d'appréciation et de complément de l'omission législative?

Réponse : Les décisions du Conseil constitutionnel sont motivées. En outre, le Conseil rend public, le jour même de la décision, un document intitulé « Commentaire », qui n'a

pas force de loi, mais qui explique de façon plus détaillée le sens de la décision et la resitue dans le cadre de la jurisprudence antérieure du Conseil.

4.6. Evaluation de l'omission législative dans le dispositif de décision adoptée par la cour constitutionnelle.

Dans les motifs de décision après avoir constaté l'existence de l'omission législative, dans le dispositif de la décision la cour constitutionnelle:

- a) reconnaît que la loi (un autre acte juridique) n'est pas conforme à la constitution ;
- b) reconnaît que certaines dispositions de la loi appropriée (de l'acte juridique) ne sont pas conformes à la constitution ;
- c) l'acte juridique (ses dispositions) reste en vigueur, en reconnaissant l'inactivité du législateur (de l'autre sujet de la création de droit) comme inconstitutionnelle et en indiquant le délai pour établir la réglementation juridique qui est obligatoire à établir selon la constitution ;
- d) déclare l'obligation pour le législateur (l'autre sujet de la création de droit) de combler la lacune du droit;
- e) identifie la lacune du droit en indiquant qu'elle peut être comblée par les juridictions de droit commun ou par les juridictions spécialisées;
- f) charge les juridictions de droit commun ou les juridictions spécialisées de suspendre le procès et de ne pas appliquer la réglementation juridique actuelle jusqu'à ce que la lacune soit comblée par le législateur (l'autre sujet de la création de droit);
- g) constate la lacune de réglementation juridique sans faire les conclusions directes et sans attribuer des obligations ;
- h) estime l'omission législative différemment.

Réponse : En l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et d'action en manquement, la question n'a pas d'objet pour la France.

4. 7. Examen de nature « apparentée» et la prise des décisions.

Le caractère des examens « apparentés » effectués dans les affaires constitutionnelles par la cour constitutionnelle qui n'examine pas l'omission législative. Les particularités des décisions de telles affaires. En répondant donnez aussi les exemples typiques des affaires constitutionnelles.

Réponse : En l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et d'action en manquement, la question n'a pas d'objet pour la France.

4.8. Les moyens de technique juridique que la cour constitutionnelle utilise en vue d'éviter les lacunes du droit qui peuvent survenir à cause de la décision quand la loi et l'autre acte législatif sont reconnu comme non-conforme à la constitution.

Quels moyens de technique juridique que la cour constitutionnelle utilise en vue d'éviter les lacunes du droit qui peuvent survenir à cause de la décision quand la loi et l'autre acte juridique sont reconnu comme non-conforme à la constitution ? La suspension du délai de publication officielle de la décision adoptée par la cour constitutionnelle. Fixation de date d'entrée en vigueur ultérieure de la décision de la cour constitutionnelle. La constatation de la cour constitutionnelle que l'acte examiné conforme à la constitution temporairement en indiquant que si cet acte n'est pas amendé jus ce qu'à un certain temps il ne sera pas conforme à la constitution. La reconnaissance de la non-conformité d'un acte juridique à la constitution à cause de l'omission législative sans éliminer cet acte du système juridique. L'interprétation de l'acte (des dispositions de l'acte) qui conforme à la constitution en vue d'éviter la constatation que la non-conformité de l'acte (des dispositions de l'acte) à la constitution est relative à l'omission législative. « Rétablissement » de la réglementation juridique antérieure. On choisit d'autres modèles de décisions (caractérisez les).

Réponse : En l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et d'action en manquement, la question n'a pas d'objet pour la France.

5. CONSEQUENCES DE LA CONSTATATION DE L'OMISSION LEGISLATIVE DANS LES DECISIONS DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

5.1. Les obligations qui incombent au législateur.

Est-ce que la constatation de l'omission législative dans les décisions de la cour constitutionnelle signifie l'obligation au législateur de combler convenablement une lacune du droit? Est-ce que le règlement intérieur du parlement prévoit comment le parlement national délibère les questions relatives à la mise en oeuvre des décisions de la cour constitutionnelle. Est-ce que le parlement réagit tout de suite à l'égard des décisions adoptées par la cour constitutionnelle où l'omission législative est constatée? Y a-t-il des cas quand le parlement ignorait les décisions de la cour constitutionnelle relatives à l'omission

législative? Quelles mesures sont appliquées en vue d'assurer que le parlement accomplisse son obligation venant de la décision adoptée par la cour constitutionnelle ? Les pouvoirs et le rôle de la cour constitutionnelle à cet égard.

Réponse : En l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et d'action en manquement, la question n'a pas d'objet pour la France.

5.2. Les obligations des autres sujet de création de droit (par exemple, du chef d'Etat, du gouvernement).

Est-ce que la constatation de l'omission législative dans les décisions de la cour constitutionnelle exprime l'obligation aux autres sujet de création de droit de combler convenablement une lacune de législation? Est-ce que les actes réglementant les activités de tels sujets prévoient comment ils mettent en œuvre les décisions de la cour constitutionnelle? Est-ce que lesdits sujets réagissent tout de suite à l'égard des décisions adoptées par la cour constitutionnelle où l'omission législative est constatée? Y a-t-il des cas quand ces sujets ignoraient les décisions de la cour constitutionnelle relatives à l'omission législative? Quelles mesures sont appliquées en vue d'assurer que lesdits sujets accomplissent une telle obligation? Les pouvoirs et le rôle de la cour constitutionnelle à cet égard.

Réponse : En l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et d'action en manquement, la question n'a pas d'objet pour la France.

6. EN CONCLUSION concernant l'expérience de votre cour constitutionnelle nationale en examinant les affaires relatives à l'omission législative, répondez aux questions suivantes : peut-on considérer de tels examens comme les activités importantes de la cour constitutionnelle (expliquez pourquoi), est-ce que la cour constitutionnelle dispose suffisamment des instruments juridiques pour un tel examen, les décisions de la cour constitutionnelle dans telles affaires quelle influence ont-elles sur le processus de création de droit de votre pays ?

Remarque: selon les possibilités avec le rapport national veuillez présenter des données statistiques sur les affaires jugées relatives à l'omission législative, leur rapport avec les autres affaires.

Réponse : pour les statistiques, voir réponse à la question n° 4.1