



HAL
open science

”L’incompétence négative” dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension

Patricia Rrapi

► **To cite this version:**

Patricia Rrapi. ”L’incompétence négative” dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension. Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2012, 34, pp.163–171. 10.3917/nccc.034.0163 . hal-01647380

HAL Id: hal-01647380

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01647380v1>

Submitted on 27 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« L'incompétence négative » dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension

Patricia RRAPI¹

ATER en droit public à l'Université de Nanterre,
Paris X, Membre de l'ILF-GERJC

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC), mécanisme de progrès indiscutable pour la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis, est un nouveau lieu de travail pour le juge constitutionnel français. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* l'invite, en effet, non seulement à perfectionner son contrôle dans un contexte nouveau, mais à élaborer également de nouvelles techniques jurisprudentielles. La tendance, toute naturelle à ses débuts, a consisté cependant en la simple transposition de la « logique » du contrôle *a priori* au contrôle *a posteriori*. L'exemple le plus marquant est celui de « l'incompétence négative ».

Le juge constitutionnel a ainsi estimé que le grief tiré de « l'incompétence négative » pouvait être invoqué à l'appui d'un recours dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution, dès lors que le législateur n'avait pas épuisé sa compétence en matière d'exercice des droits et libertés fondamentaux, matière que la Constitution lui réserve exclusivement².

L'incompétence négative est à l'origine une notion de droit administratif et elle est généralement définie, bien que la notion ait évolué depuis son apparition dans les écrits de LAFERRIERE, comme le fait, pour l'autorité compétente, de n'avoir pas utilisé pleinement les pouvoirs que les textes lui ont attribués³. Il s'agit là d'une technique de contrôle que le juge administratif a donc inspirée au juge constitutionnel, ce dernier l'ayant utilisée, dans sa jurisprudence, afin de faire respecter la « réserve de loi » telle qu'instituée par l'article 34 de la Constitution.

1- Lauréat du prix Louis Favoreu récompensant la meilleure contribution présentée au VIII^e Congrès français de droit constitutionnel, Nancy, 16, 17 et 18 juin 2011.

2- C.C., décisions n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly-Clark*, *Journal officiel* du 19 juin 2010, p. 11149 (cons. 3) ; n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, *Société Esso SAF*, *Journal officiel* du 23 septembre 2010, p. 17292 (cons. 4) ; n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *M. Mathieu P.*, *Journal officiel* du 7 octobre 2010, p. 18156 (cons. 6) ; n° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010, *Société Zeturf Limited*, *Journal officiel* du 4 décembre 2010, p. 21358 (cons. 8 et 9) ; n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011, *M. Claude G.*, *Journal officiel* du 14 janvier 2011, p. 811 (cons. 6) ; n° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autre*, *Journal officiel* du 29 janvier 2011, p. 1896 (cons. 2 à 5).

3- SCMITTER (G.), *L'incompétence négative du Législateur et des autorités administratives*, A.I.J.C., 1989, p. 137.

Cet article n'est cependant plus la seule source de la compétence législative. D'autres articles du bloc de constitutionalité sont venus étoffer, par les soins du juge constitutionnel, les matières réservées au législateur. L'incompétence négative est ainsi apparue comme un moyen contentieux susceptible d'être invoqué pour la défense de l'ensemble des compétences du législateur prévues par la Constitution⁴. Une de ces matières réservées au législateur, et c'est la raison pour laquelle le juge constitutionnel a pu accepter le grief tiré de l'incompétence négative dans le cadre de la QPC, est celle relative à l'exercice des droits et libertés fondamentaux.

Le raisonnement du juge constitutionnel, dans le cadre de la QPC, semble *a priori* cohérent. Le Conseil constitutionnel précise que le grief tiré de l'incompétence négative ne peut être invoqué que lorsque le fait pour le législateur d'être resté en deçà de sa compétence est de nature à *affecter* un droit fondamental⁵. Or, les travaux préparatoires sur le projet de loi constitutionnelle portant modernisation des institutions avaient expressément écarté la possibilité d'invoquer toute question de procédure législative et de compétence dans le cadre de la QPC⁶. Estimant cependant, à raison, que dans le cadre du contrôle *a posteriori* le grief tiré de l'incompétence négative venait appuyer, dans son raisonnement, la protection des droits fondamentaux, le juge constitutionnel accepte ce grief en précisant – l'article 61-1 de la Constitution l'obligeait – qu'il ne peut être invoqué que si un droit ou une liberté constitutionnel est *affecté*.

Lorsque l'on se pose la question de savoir comment l'incompétence négative *affecte* un droit constitutionnel, on s'aperçoit cependant que ce raisonnement est quelque peu artificiel. Les conclusions du rapporteur public sur l'arrêt *Kimberly-Clark*, ayant donné lieu à un renvoi au Conseil constitutionnel, révèlent cette difficulté⁷. La jurisprudence du juge constitutionnel opère, en effet, une double confusion. Tout d'abord, il semble que la réserve de loi porte, pour le Conseil constitutionnel, aussi bien sur la *protection* des droits fondamentaux que sur l'*exercice* des droits fondamentaux. Ensuite, le Conseil constitutionnel ne semble pas distinguer *l'épuisement de la compétence législative* de la *suffisance du texte de loi*.

4- TREMEAU (J.), *La Réserve de loi*, Aix-Marseille - Paris, Economica-PUAM, 1997, p. 266.

5- Le considérant de principe est le suivant : « La méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit. »

6- Rapport fait par M. Jean-Luc WARSMANN au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République, Ass. nat., 2008, n° 892. Le rapporteur précise qu'il ne saurait être question, dans le cadre de cette nouvelle procédure, de « juger d'une loi dans son aspect procédural ou au regard de la compétence de son auteur ».

7- BOUCHER (J.), « L'incompétence négative du législateur », *Conclusions sur Conseil d'État*, 23 avril 2010, SNC Kimberly-Clark, req. n° 327166, R.F.D.A., 2010, p. 705 et s.

I – Distinction entre *protection* des droits fondamentaux et *exercice* des droits fondamentaux

Le rapporteur public avait un doute quant à la possibilité d'invoquer le grief tiré d'incompétence négative dans le cadre de la QPC. Il estimait en effet qu'il serait quelque peu absurde d'accepter l'incompétence négative dans le cadre de la QPC lorsque l'on sait qu'au « principe même de toute justice constitutionnelle se trouve d'ailleurs l'idée selon laquelle l'origine démocratique de la norme législative ne préjuge pas de sa conformité substantielle aux droits et libertés garantis par la Constitution »⁸. Si le rapporteur public met en évidence ce paradoxe, il produit cependant une autre confusion, plus subtile, sur la notion de réserve de loi en matière des droits et libertés fondamentaux. Cette contradiction entre compétence législative en matière des droits et libertés fondamentaux et justice constitutionnelle n'existerait, en réalité, que si la « réserve de loi » en matière des droits et liberté consistait en une obligation de protection de ces mêmes droits et libertés par le législateur. Or, la réserve de loi en matière des droits et libertés signifie seulement qu'à chaque fois qu'un droit ou une liberté fondamentale est soit limité (droits de première génération) soit concrétisé (droits de deuxième génération), l'intervention de l'organe démocratiquement élu est exigée. Parce que le constituant a estimé qu'il s'agissait là d'une matière politiquement importante, il l'a attribué à la compétence du législateur. Le législateur est tenu donc d'encadrer l'*exercice* des droits et libertés fondamentaux, la *protection* de ces droits et libertés fondamentaux relevant du juge constitutionnel. Ceci ne signifie pas, bien évidemment, que le législateur ne doit pas ou ne peut pas protéger un droit ou une liberté fondamentale. La justice constitutionnelle présume simplement que la loi peut *potentiellement* violer un droit ou une liberté fondamentale. Ainsi, on s'aperçoit que l'incompétence négative en matière d'exercice d'un droit fondamental et la violation d'un droit fondamental sont deux vices *distincts* d'inconstitutionnalité. Le premier vise à opposer au législateur sa propre compétence en matière d'*exercice* des droits fondamentaux, le second vise à *protéger* les droits fondamentaux.

Dans ce sens, le Conseil constitutionnel semble bien respecter la distinction entre ces deux vices différents car dans le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel il est précisé que le juge procède en deux étapes. Il vérifie, tout d'abord, si le législateur a épuisé sa compétence et, ensuite, si un droit fondamental est affecté. Qu'une de ces deux conditions manque, précise-t-on, et la déclaration d'inconstitutionnalité ne peut être encourue⁹.

8- BOUCHER (J.), *op. cit.*, p. 705.

9- Commentaire de la décision n° 2010-45 QPC, disponible sur le site Internet du Conseil constitutionnel, p. 3.

Le Conseil constitutionnel distingue donc les deux vices d'inconstitutionnalité mais il lui reste à justifier comment l'incompétence négative *affecte* un droit fondamental. Il estime alors que, de la violation par le législateur de sa propre compétence, découle une violation des droits fondamentaux. En d'autres termes, un vice d'inconstitutionnalité en cache un autre. Les deux vices d'inconstitutionnalité sont ainsi distingués pour être aussitôt confondus.

Lorsque l'on regarde de près la jurisprudence du Conseil, on s'aperçoit que le commentaire, précité, de la décision inverse quelque peu le raisonnement du juge. Dans les cas où ce dernier a estimé le moyen fondé, il semble que le contrôle sur la violation d'une liberté fondamentale précède celui sur la compétence du législateur. Ainsi, à titre d'exemple, dans la décision *Esso SAF* le Conseil précise :

« Considérant que le e du 2^o de l'article L. 332-6-1 du code de l'urbanisme permet aux communes d'imposer aux constructeurs, par une prescription incluse dans l'autorisation d'occupation du sol, la cession gratuite d'une partie de leur terrain ; qu'il attribue à la collectivité publique le plus large pouvoir d'appréciation sur l'application de cette disposition et ne définit pas les usages publics auxquels doivent être affectés les terrains ainsi cédés ; qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 de la Déclaration de 1789 ; que, par suite, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence ; qu'il s'ensuit que, sans qu'il soit besoin d'examiner les griefs invoqués par la requérante, le e du 2^o de l'article L. 332-6-1 du code de l'urbanisme doit être déclaré contraire à la Constitution ¹⁰».

La rédaction du considérant est très révélatrice de la façon dont le juge constitutionnel procède. Il estime, à raison, que la loi a violé le droit de propriété mais ne fait que trouver la *source* de cette violation dans l'incompétence négative. Celle-ci lui sert donc seulement d'*argument*. Afin de comprendre pour quelle raison le Conseil s'appuie sur l'incompétence négative, alors qu'il aurait pu se fonder sur un autre argument – le texte de loi, lui-même –, il faut encore se tourner vers les conclusions du rapporteur public sur l'arrêt *Kimberly-Clark*.

II – Distinction entre épuisement de la compétence législative et suffisance du texte de loi

Le rapporteur public estime que l'incompétence négative est un moyen « à double visage »¹¹. S'il met en avant l'aspect paradoxal d'un tel grief dans le cadre de

10- Décision n° 2010-33 QPC, précitée (cons. 4). Nous soulignons. Même raisonnement dans la décision n° 2010-45 QPC, précitée (cons. 6).

11- BOUCHER (J.), *op. cit.*, p. 705.

la QPC, il précise également que si le législateur doit, en vertu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, exercer pleinement sa compétence, c'est parce qu'en restant au milieu du gué, il ouvre en réalité la voie à une violation, au stade de l'application de la loi, des droits et libertés garantis par la Constitution. La seconde nature de l'incompétence négative permet, selon le rapporteur public, de neutraliser les applications de la loi contraires à la Constitution¹². Et le Conseil constitutionnel semble adopter ce même raisonnement en acceptant, pour la première fois dans la décision *Kimberly-Clark*, le grief tiré de l'incompétence négative.

Le rapporteur public, en premier, et le Conseil constitutionnel, en second, font référence en réalité au *pouvoir arbitraire* des autorités chargées d'appliquer la loi, susceptible d'être une source de violation des droits et libertés fondamentaux. Pour le juge constitutionnel, la compétence, *non épuisée* ou *inconstitutionnellement déléguée* par le législateur, se transforme dans les mains des autorités chargées d'appliquer la loi en compétence susceptible d'être source d'arbitraire. En d'autres termes, l'épuisement de la compétence devient en soi une garantie contre l'arbitraire. Ce n'est donc que par un glissement sémantique que la compétence *non épuisée* se transforme, dans les mains des autorités chargées d'appliquer la loi, en un pouvoir arbitraire, sans que l'on envisage, par ailleurs, ni les cas où cette compétence non épuisée n'est pas, une fois dans les mains des autorités chargées d'appliquer la loi, un pouvoir arbitraire, ni les cas contraires où l'épuisement de la compétence législative ne signifie pas neutralisation de ce pouvoir arbitraire. Ainsi, même si le juge constitutionnel semble distinguer les deux griefs – incompétence négative et violation d'une liberté constitutionnelle –, il continue à fonder son raisonnement sur un postulat qui est celui de l'identification de la compétence législative à la protection d'un droit ou d'une liberté. En d'autres termes, de manière plus subtile, le Conseil constitutionnel persiste dans l'assimilation fort ancienne du principe de légalité à la sécurité juridique¹³.

Or, il s'agit là du raisonnement fourni par le juge. La réalité du contrôle est, à notre sens, tout autre. Si le Conseil constitutionnel semble vouloir neutraliser le pouvoir arbitraire des autorités chargées d'appliquer la loi, son contrôle porte, en effet, non pas sur l'épuisement de la compétence législative, qui en soi n'est pas un gage contre l'arbitraire, mais sur la *suffisance* du *texte* de loi. Dans le cadre du contrôle *a priori*, la distinction entre l'épuisement de la compétence législative et la suffisance du texte de loi était non seulement peu favorisée par la position légicentriste, consistant à identifier l'*exercice* des droits et libertés à la *protection* des droits et libertés, mais elle paraissait également presque inutile. Le juge constitutionnel ne pouvait, en effet, que supposer l'usage que les autorités chargées d'appliquer la loi allaient faire du texte de loi. Et, le plus souvent, lorsqu'il supposait cet usage,

12- BOUCHER (J.), *op. cit.*, p. 705.

13- TROPER (M.), « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, p. 51.

ses propres réserves d'interprétation venaient pallier l'insuffisance du texte¹⁴. Le contrôle *a posteriori* invite cependant à clairement distinguer les deux car le Conseil opère, en filigrane, un contrôle sur le texte. Ceci ressort clairement non seulement des décisions du Conseil constitutionnel mais également des commentaires des décisions fournis par les services du Conseil constitutionnel.

Ainsi, dans la décision *Esso SAF*, la disposition contestée, était ainsi rédigée :

« les cessions gratuites de terrains destinés à être affectés à *certaines* usages publics qui, dans la limite de 10 % de la superficie du terrain auquel s'applique la demande, peuvent être exigées des bénéficiaires d'autorisations portant sur la création de nouveaux bâtiments ou de nouvelles surfaces construites »¹⁵.

Ces cessions gratuites constituaient des contributions aux dépenses d'équipements publics, à la charge des bénéficiaires d'autorisations de construire. Ce que le juge reprochait à la disposition en cause était, clairement, l'expression « *certaines usages publics* ». L'article en question, ne précisait pas en quoi consistaient ces « *certaines usages publics* » pour lesquels les cessions de terrains étaient destinées. Il laissait ainsi aux autorités chargées d'appliquer la loi « le plus large pouvoir d'appréciation sur l'application de cette disposition » pour déterminer quels usages publics devaient être affectés aux cessions gratuites. Le juge conclut alors que l'article violait le droit de propriété¹⁶. Il ressort de cette décision que le Conseil fait certes appel à « l'incompétence négative », mais qu'il estime avant tout que le texte de la loi était imprécis et que cette imprécision laissait une large marge d'appréciation à la collectivité publique, susceptible de porter atteinte, lors de son application, au droit de propriété. Le texte ne fournissait en réalité aucun critère objectif quant à son application. Dans le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel, il est précisé que :

« Cette disposition permettait aux communes d'imposer aux constructeurs, par une prescription incluse dans l'autorisation d'occupation du sol, la cession gratuite d'une partie de leur terrain. En application de l'article 17 de la Déclaration de 1789, la loi ne peut autoriser cette cession que pour la réalisation d'une opération dont l'utilité publique est légalement constatée »¹⁷.

Ainsi, si la disposition contestée avait prévu que les terrains ainsi cédés étaient affectés à une opération reconnue d'utilité publique, le texte de loi aurait fourni le critère objectif. En d'autres termes, si le législateur à la place de « *certaines usages* » avait mis « opérations reconnues d'utilité publique » la disposition n'aurait pas encouragé la violation du droit de propriété par les collectivités publiques. Ce

¹⁴- TREMEAU (J.), *op. cit.*, p. 266.

¹⁵- Nous soulignons.

¹⁶- Décision n° 2010-33 QPC, précitée (cons. 4).

¹⁷- Commentaire de la décision n° 2010-33 QPC, disponible sur le site Internet du Conseil constitutionnel, p. 3.

critère objectif aurait évité que les autorités chargées d'appliquer la loi substituent leurs considérations personnelles à l'affectation de ces cessions gratuites de terrain. Tel n'était pas le cas et, par conséquent, cette disposition :

« Attribue à la collectivité publique le plus large pouvoir d'appréciation sur l'application de cette disposition et ne définit pas, pas plus qu'aucune autre disposition législative, les usages publics auxquels doivent être affectés les terrains ainsi cédés »¹⁸

Ceci ressort clairement d'une autre décision dans laquelle le juge constitutionnel estime que le moyen n'est pas fondé. Ainsi, dans la décision *SARL du Parc d'activités de Blotzheim*¹⁹, les requérants contestaient l'article L. 121-9 du code de l'urbanisme relatif aux projets d'intérêt général (PIG) qui permettent de faire prévaloir certaines grandes opérations d'urbanisme sur les règles locales applicables en cette matière. L'article L. 121-9 dispose que :

« Des décrets en Conseil d'État déterminent, en tant que de besoin, les conditions d'application du présent chapitre. Ces décrets précisent notamment la nature des projets d'intérêt général, qui doivent présenter un caractère d'utilité publique, et arrêtent la liste des opérations d'intérêt national mentionnées à l'article L. 121-2 ».

Les requérants reprochaient à l'article L. 121-9 du code de l'urbanisme de renvoyer à un décret en Conseil d'État le soin *de définir la nature des projets d'intérêt général*, au mépris de l'article 34 de la Constitution. Selon eux, cette incompétence négative affectait le principe de la libre administration des collectivités territoriales garanti par l'article 72 de la Constitution ainsi que le droit de propriété protégé par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le Conseil, sans vérifier si la loi portait atteinte aux droits et libertés invoqués, traite la question sous l'angle, en apparence, de la seule compétence du législateur. En effet, l'article litigieux était issu de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions de l'État. La loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain (SRU), avait complété cet article en ajoutant après la phrase « ces décrets précisent notamment la nature des projets d'intérêt général », la phrase suivante « qui doivent présenter un caractère d'utilité publique »²⁰. Par conséquent, pour le Conseil constitutionnel, le législateur n'avait pas méconnu sa compétence car, en tout état de cause, ceci relevait du pouvoir réglementaire. Or, au regard de la protection des droits et libertés invoqués, les expressions « projets d'intérêt général » ou « caractère d'utilité publique » étaient susceptibles, pour les requérants, de permettre aux autorités chargées de les appliquer de limiter de manière peut-être abusive la libre administration des collectivités territoriales. Mais le Conseil

18- *Ibid.*

19- C.C., décision n° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011, précitée.

20- Ce bout de phrase, avant la loi SRU, apparaissait dans une disposition réglementaire.

constitutionnel, et ici se trouve à notre sens le cœur de la solution, ne partage pas la demande des requérants. En réalité, et ceci ressort du commentaire de la décision du Conseil constitutionnel, ces notions – « projet d'intérêt général », « caractère d'utilité publique » – étaient clairement définies. Ainsi, le commentaire précise :

« Les personnes publiques comme les personnes privées sont recevables à poursuivre l'annulation d'un PIG en formant un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté préfectoral. Le juge administratif est donc appelé à vérifier que les conditions de la qualification du projet sont remplies. Ces conditions résultent de l'article L.121-9 renvoyé au Conseil constitutionnel – qui exige que le projet ait une « utilité publique », ce que le Conseil d'État vérifie – et de l'article R. 121-3 qui précise le but et l'objet que doivent obligatoirement présenter les projets »²¹

Le Conseil d'État a lui-même défini les projets d'intérêt général qui doivent selon lui avoir « une certaine consistance, une certaine importance, une réalisation prochaine, un caractère d'utilité publique en conformité avec la jurisprudence du Conseil d'État du 28 mars 1971 ». De même, on poursuit dans le commentaire :

« Sur le fond de chaque projet, le Conseil d'État applique la théorie du bilan coût avantage, l'inconvénient pouvant consister, par exemple, en une atteinte à un espace boisé classé ou en un risque de pollution causé par un projet de création d'usine. En d'autres termes, le projet doit non seulement revêtir une utilité publique, mais en outre être exempt d'inconvénients excessifs (atteintes à la propriété privée, coût financier et social...) »²².

Si en apparence, le Conseil n'accepte pas la demande des requérants en se fondant sur « l'incompétence négative », en filigrane, il estime que les expressions « projets d'intérêt général » ou encore « utilité publique » sont strictement encadrées non seulement par le code de l'urbanisme lui-même mais par la jurisprudence du Conseil d'État également. En d'autres termes, ces notions sont bien connues du droit administratif et le juge administratif en a précisé, par un contrôle sur la forme et sur le fond desdits projets, donné la définition. Les autorités chargées d'appliquer la loi en question ne pouvaient faire un usage abusif de tels projets – en substituant sous la notion de « projet d'intérêt général » ou de « caractère d'utilité publique » leurs propres considérations personnelles.

Ainsi, si le Conseil avait fondé explicitement et non pas seulement en filigrane son contrôle sur le texte de la loi, ceci lui aurait permis de faire l'économie du raisonnement sur l'incompétence négative. Car, lorsqu'il s'agit de savoir comment un droit ou une liberté est *affecté*, ce n'est pas la compétence du législateur qui est en cause mais bien le texte de la loi, celui donc qui sert de fondement aux

21- Commentaire de la décision n° 2010-95 QPC, disponible sur le site Internet du Conseil constitutionnel, p. 2.

22- *Ibid.* pp. 2 et 3.

autorités chargées d'appliquer la loi. Dans ce sens, le Conseil constitutionnel, dans une décision récente, ne s'appuie plus sur le grief tiré de l'incompétence négative – invoqué par les requérants – afin de sanctionner l'imprécision du texte de la loi pénale²³.

Le droit comparé fournit également des exemples intéressants de contrôle du texte de loi lorsqu'un droit constitutionnel est en cause. Le juge américain²⁴ comme le juge canadien²⁵ opère un contrôle sur le texte de loi susceptible d'encourager la violation des droits fondamentaux, sans pour autant assimiler ce contrôle à un épuisement de la compétence législative.

La concentration explicite de ce contrôle sur le texte de la loi permettrait également au Conseil d'abandonner sa jurisprudence selon laquelle le grief tiré de l'incompétence négative ne peut être invoqué à l'encontre des lois antérieures à 1958²⁶. Ceci est d'autant plus étonnant lorsque l'on sait que les requérants avaient clairement contesté l'imprécision *du texte* de la loi²⁷. Si les requérants contestent l'imprécision *du texte*, qui, aujourd'hui, est susceptible d'encourager la violation d'un droit fondamental, le Conseil ne peut répondre à cet argument en faisant appel aux compétences du législateur sous les Républiques antérieures. Cette jurisprudence est non seulement discutable sur les points déjà évoqués – confusion entre épuisement de la compétence législative et suffisance du texte de loi – mais sa justification, même lorsque le moyen n'est pas fondé, est aussi insuffisante au regard des exigences de l'État de droit constitutionnel.

23- C.C., décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, *M. Claude N.* En l'espèce, le Conseil estime que l'expression « membre de la famille » est inconstitutionnelle car le texte de loi ne permet pas de savoir avec précision quelles personnes sont susceptibles de tomber sous le coup de la sanction pénale.

24- Pour la Cour suprême des États-Unis, une loi doit être suffisamment claire afin d'éviter un pouvoir arbitraire d'application. Elle précise, dans sa décision *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703, 732 : « *The statute is vague if it authorizes or even encourages arbitrary and discriminatory enforcement.* » Dans la décision *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S., 104, 108-109, elle explique : « *If arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standars for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic Policy matters to policemen, judges, end juries for résolution on en ad hoc subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory application.* »

25- RIBERO (M.), « Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois », *R.J.T.*, 1998, pp. 670 et s. Voir également GAY (L.), « Le contrôle des qualités formelles de la loi en droit constitutionnel comparé : France, Espagne et Canada », in *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, 2010, pp. 107-112.

26- C.C., décisions n° 2010-28 QPC du 17 septembre 2010, *Association sportive Football Club de Metz* (cons. 9) ; n° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010, précitée (cons. 8).

27- Commentaire de la décision n° 2010-73 QPC, disponible sur le site Internet du Conseil constitutionnel, p. 3.