

## L'INCOMPÉTENCE NÉGATIVE DU LEGISLATEUR : UN OUTIL A RECENTRER

*Guillaume Heim*

*L'incompétence négative du législateur, qui correspond à l'hypothèse où la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence fait grief, s'est imposée comme un moyen populaire du contentieux constitutionnel. Paradoxalement, sa portée est limitée et son utilité contestée dans la mesure où le Conseil constitutionnel substitue désormais à ce grief formel un contrôle matériel de l'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.*

*En effet, l'incompétence négative était déjà, dans le cadre du contrôle a priori, un outil doté d'une ambiguïté relevée par la doctrine puis la jurisprudence : dès les années 2000, une confusion s'est installée entre l'incompétence négative du législateur et la méconnaissance des exigences de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Surtout, le maniement immédiat de l'incompétence négative dans le contrôle a posteriori ont conduit à sa dilution : il y a incompétence négative lorsque la méconnaissance de sa compétence par le législateur porte atteinte, en elle-même, aux droits et libertés garantis par la Constitution. Or, cette admission dans le contrôle a posteriori a conduit à une perte de sens de l'incompétence négative, si bien que le grief est très régulièrement soulevé et pourtant rarement explicitement contrôlé par le Conseil constitutionnel, qui l'élude par un considérant balais.*

*Il serait pertinent de recentrer l'incompétence négative sur une réelle question de compétence, en considérant que le législateur commet une incompétence négative si et seulement s'il permet, en droit ou en fait, à une autorité d'édicter des normes ayant valeur de règles ou de principes fondamentaux dans les domaines relevant de sa compétence en vertu de la Constitution. En ce sens, les griefs d'incompétence négative seraient par nature rejetés à l'appui d'une QPC, mais des griefs matériels relatifs aux dispositions contestées pourraient s'y substituer afin d'assurer l'effectivité de la procédure QPC. Il en résulterait une meilleure clarté de cet outil permettant par ailleurs, dans le cadre du contrôle a priori, d'imposer au législateur d'épuiser l'entièreté de sa compétence tout en étant conscient que des autorités tierces auront nécessairement à édicter des normes de concrétisation de la loi, sans toutefois qu'il ne s'agisse de règles ou de principes fondamentaux dans ces domaines (article 34 de la Constitution).*

INTRODUCTION .....	2
1. L'INCOMPÉTENCE NÉGATIVE DU LEGISLATEUR : UNE CONFUSION GRANDISSANTE .....	3
1.1. Un outil déjà ambiguë dans le cadre du contrôle a priori .....	3
1.2. Une confusion aggravée dans le contrôle a posteriori.....	6
2. SORTIR DE LA CONFUSION PAR UNE CLARIFICATION DE L'INCOMPÉTENCE NÉGATIVE .....	9
2.1. Un recentrage nécessaire sur le critère formel de la loi : assurer le respect des compétences normatives.....	9
2.2. Une clarification à portée démocratique et pratique .....	11

## INTRODUCTION

L'incompétence négative est aujourd'hui une notion banalisée du contentieux constitutionnel. En 2015, l'on pouvait recenser environ 60 décisions mentionnant explicitement l'expression d'incompétence négative, ayant donné lieu dans la moitié des cas à une censure, et une centaine de décisions portant sur l'exercice insuffisant de sa compétence par le législateur<sup>1</sup>. La consultation du site Internet du Conseil constitutionnel informe que le nombre de mention du terme d'incompétence négative est passé, en avril 2022, à 371, dont 196 en décision de conformité (DC) et 175 en décision de question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

Apparue en contentieux constitutionnel dans la décision du 26 janvier 1967<sup>2</sup>, la notion d'incompétence négative renvoie à l'hypothèse dans laquelle le législateur n'a pas exercé l'entière de la compétence qui lui est dévolue par la Constitution et, plus largement, par l'ensemble des normes qui constituent les normes de références du contrôle de constitutionnalité. Si elle concerne essentiellement, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'incompétence du législateur ordinaire et organique (première application de la notion), la notion peut renvoyer plus largement à l'incompétence négative de toute autorité méconnaissant une habilitation normative. C'est d'ailleurs en contentieux administratif que l'outil s'est développé au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup> avant de s'étendre au contentieux constitutionnel à la fin des années 1960. À ce titre, à l'occasion d'un article consacré à l'excès de pouvoir dans les matières administrative et législative, le doyen Vedel propose la définition suivante : « Pour le Conseil constitutionnel, il y a incompétence négative lorsque le législateur reste en deçà de sa propre compétence et laisse ou confie au pouvoir réglementaire des matières réservées au pouvoir législatif »<sup>4</sup>.

La répartition des compétences législatives et réglementaires sous la V<sup>e</sup>me République semble avoir été le préalable nécessaire au développement de cet outil en contentieux constitutionnel. Initialement le Conseil constitutionnel a été institué par le constituant afin de contrôler strictement la répartition des compétences législatives et réglementaires prévues aux articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 : si l'objectif était dans un premier temps de tempérer l'initiative matérielle du Parlement et de limiter les incursions du pouvoir législatif dans le domaine réglementaire, force est de constater que la position du Conseil a évolué à la faveur, d'une part, d'un contrôle asymétrique du respect des compétences prévues par la Constitution et, d'autre part, de la

---

<sup>1</sup> VIDAL-NAQUET (A.), « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *NCCC*, n°46, 2015, p. 7-8.

<sup>2</sup> Cons. const., 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature*, 67-31 DC, rec. p. 19.

<sup>3</sup> Édouard Laferrière propose ainsi, dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1888) le terme d'incompétence négative dans son commentaire de deux décisions (Conseil d'État, 1<sup>er</sup> mai 1874, *Lezaret de la Maurinie*, rec. p. 410 ; Conseil d'État, 23 novembre 1883, *Société des mines d'or de la Guyane c/ Malguy*, rec. p. 832) dans lesquelles une autorité « refuse de faire un acte de son ressort en déclarant qu'elle n'a pas la qualité pour l'accomplir ».

<sup>4</sup> VEDEL (G.), « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif », *CCC*, n°2, 1997.

sanction de l'incompétence négative du législateur. Dès lors, étant pleinement une question de procédure, l'incompétence négative semble avoir été un moyen pour le Conseil constitutionnel de valoriser et de protéger le rôle du Parlement dans l'exercice de son pouvoir normatif.

La pratique ultérieure a toutefois brouillé cette apparente simplicité, en élargissant à de multiples hypothèses les situations d'incompétence négative : dispositions législatives imprécises ou trop larges, renvoi à une autorité tierces pour l'application de la loi, privation de garanties légales. Il est ainsi remarquable que le Conseil constitutionnel présente lui-même, dans une fiche intitulée « Le contrôle des incompétences négatives », <sup>5</sup> des arguments portant d'abord sur le fond des dispositions législatives (« Il incombe, par exemple, au législateur d'assortir un dispositif mettant en œuvre un principe constitutionnel de garanties légales suffisantes. De même l'incompétence négative est caractérisée si le législateur élabore une loi trop imprécise ou trop ambiguë »), puis des arguments portant sur la répartition des compétences (« Le législateur ne peut pas renvoyer au pouvoir réglementaire de façon trop générale ou imprécis »). L'ensemble de ces hypothèses ont certes en commun un exercice jugé insuffisant ou inadéquat de la compétence du législateur. Toutefois, l'on perçoit que cette diversité des griefs ne se réfèrent plus à une stricte répartition des compétences. En d'autres termes, l'incompétence négative semble être devenue sa propre finalité, permettant d'englober une diversité de griefs à l'encontre des dispositions déferées dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. La recevabilité d'un moyen d'incompétence négative du législateur dans le cadre du contrôle a posteriori, sous certaines conditions, s'inscrit manifestement dans cette évolution elle-même source de confusion.

De fait, la notion d'incompétence négative, qui à l'origine se référait à une stricte question de compétence du législateur, a été progressivement élargie pour permettre de sanctionner l'exercice insuffisant de sa compétence par le législateur (I). S'il convient de reconnaître l'utilité certaine de cette évolution en matière de contentieux constitutionnel, il semble opportun de sortir de la confusion et d'encourager un recentrage de l'incompétence négative sur une question de répartition des compétences (II).

## 1. L'INCOMPÉTENCE NÉGATIVE DU LEGISLATEUR : UNE CONFUSION GRANDISSANTE

### 1.1. UN OUTIL DÉJÀ AMBIGUË DANS LE CADRE DU CONTRÔLE A PRIORI

#### 1. Un instrument a priori limité à un contrôle formel de la répartition des compétences

À l'origine, l'incompétence négative vise à sanctionner l'autorité qui n'aurait pas ou aurait refusé d'exercer l'entière de sa compétence. Ce moyen

---

<sup>5</sup> Cons. const., « Le contrôle des incompétences négatives », 2014, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/juillet-aout-2014-le-contrôle-des-incompétences-négatives>.

a dans un premier temps été soulevé en contentieux administratif<sup>6</sup>. En matière de contentieux constitutionnel, le législateur commet une incompétence négative lorsqu'il confie à une autorité tierce un pouvoir normatif dans les matières qui lui sont pourtant dévolues par l'article 34 de la Constitution. Par ce contrôle protecteur de la place et du rôle de la loi, le Conseil constitutionnel se fait, à partir de 1967, le défenseur du domaine de la loi. Ce contrôle peut être regardé comme « asymétrique », dans la mesure où il s'exerce en faveur du législateur : le Conseil constitutionnel sanctionne une disposition n'épuisant pas la compétence du législateur, mais il ne sanctionne pas le législateur lorsqu'il dépasse le domaine de la loi fixé par la Constitution<sup>7</sup>.

L'incompétence négative présente une alternative. D'abord, elle correspond à une disposition où le législateur ne précise pas l'entière de la matière qui lui est reconnue par la Constitution (« incompétence négative véritablement *négative* » selon Damien Fallon<sup>8</sup>). Ensuite, elle peut désigner l'hypothèse où une disposition législative renvoie explicitement à une autorité tierce dans une matière reconnue au législateur par la Constitution (« incompétence négative *positive* » selon Damien Fallon). En ce sens, la sanction de l'incompétence négative conduit à censurer des dispositions renvoyant à des autorités tierces d'une manière telle que ces autorités soient nécessairement amenées à exercer une action normative dans les domaines fixés à l'article 34. Ces renvois, censurés, concernent plusieurs types d'autorités, telles que des autorités administratives<sup>9</sup>, partenaires sociaux<sup>10</sup> ou établissements publics<sup>11</sup>. Historiquement, la première censure sur le fondement de l'incompétence négative, par la décision du 26 janvier 1967 n°67-31 DC, correspond à sa forme positive (« dans une matière reconnue législative par la Constitution, la délégation du pouvoir législatif [...] était inconstitutionnelle »<sup>12</sup>). Il faut attendre 1985 pour que le Conseil constitutionnel censure une disposition législative pour incompétence négative en ce que le législateur n'a « pas fixé les règles concernant

---

<sup>6</sup> Illustré par Conseil d'État, Section, 30 juin 1950, *Sieur Quéralt*, requête n° 99882, rec. p. 413.

<sup>7</sup> Cons. const., 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*, 82-143 DC, rec. p. 57 ; Cons. const., 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, 2012-649 DC, rec. p. 142 : « la Constitution n'a pas pour autant entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi ; que, par suite, les requérants ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution ou pour demander que soit déclaré son caractère réglementaire ».

<sup>8</sup> FALLON (D.), *Les vicissitudes de l'incompétence négative en QPC*, Constitutions, 2018, p. 241.

<sup>9</sup> Voir par exemple : Cons. const., 29 décembre 2013, 2013-684 QPC (cons. 26) : censure d'une disposition renvoyant à un décret en Conseil d'État la répartition entre les centres de formation en apprentissage d'une partie du produit de la taxe d'apprentissage.

<sup>10</sup> Voir par exemple : Cons. const., 7 août 2008, 2008-568 DC, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, rec. p. 352 (cons. 14 à 16) : censure d'un renvoi aux organismes de convention collective pour la détermination des règles et principes relatifs au temps de repos en contrepartie des heures supplémentaires.

<sup>11</sup> Voir par exemple : Cons. const., 16 janvier 2001, 2000-439 DC, *Loi relative à l'archéologie préventive*, rec. p. 42 (cons. 11 et 12) : censure d'une disposition confiant à l'établissement public national chargé des fouilles archéologiques d'arrêter le montant d'une redevance dans le cadre défini par la loi.

<sup>12</sup> Compte-rendu du délibéré du 26 janvier 1967, p. 6.

l'assiette de l'impôt »<sup>13</sup>.

Le Conseil constitutionnel sanctionne dès lors, dans la procédure de contrôle prévue à l'article 61 de la Constitution, l'incompétence négative en ce qu'elle constitue une inconstitutionnalité. À l'inverse, il n'est amené ni à constater ni à censurer une disposition manifestement inconstitutionnelle du fait de l'incompétence négative du législateur dans le cadre de la procédure de l'article 37 alinéa 2 (délégation) : dans sa décision du 8 juin 1995<sup>14</sup>, le Conseil était saisi par le Premier ministre afin d'évaluer la nature juridique de dispositions législatives prévoyant que la nomination de certains dirigeants d'établissement publics devait être opérées par décret en Conseil des ministres. Les dispositions législatives sont manifestement inconstitutionnelles en ce qu'elles méconnaissent le domaine de la loi organique (incompétence négative organique). Toutefois, le Conseil constitutionnel rappelle qu'il n'est amené, dans le cadre de cette procédure, qu'à évaluer la nature législative ou réglementaire des dispositions qui lui sont soumises (premier considérant) : cette procédure de délimitation des domaines réglementaires et législatifs ne permet pas d'exercer un contrôle de constitutionnalité.

## 2. Une ambiguïté reflétée par les différentes conceptions doctrinales de l'incompétence négative

L'incompétence négative peut renvoyer, d'une part, aux renvois explicites à un règlement et, d'autre part, aux renvois implicites<sup>15</sup> : ainsi, en n'épuisant pas sa compétence, le législateur laisse aux autorités chargées de mettre en œuvre la loi une capacité d'initiative qui n'est pas encadrée par la loi. L'abstention du législateur à édicter ce cadre légal est par conséquent sanctionnée. Une partie de la doctrine<sup>16</sup> considère par ailleurs que l'incompétence négative correspond à deux hypothèses distinctes : la première étant la délégation de compétences législatives en dehors de la procédure prévue par l'article 38 de la Constitution, la seconde étant la privation de garanties légales des exigences constitutionnelles. Enfin, l'incompétence négative peut correspondre à deux contextes contentieux distincts : dans le cadre de l'élaboration de la loi, le législateur est resté en deçà de sa compétence ; au moment de l'application de la loi<sup>17</sup>, l'absence de l'exercice de sa compétence prive de garanties des droits et libertés issus de la Constitutions.

En définitive, l'incompétence négative semble s'être progressivement détachée de son sens premier (répartition de compétences) pour inclure un sens plus large (relatif à la protection, par l'exercice du législateur, des droits et libertés garantis par la Constitution) : A. Vidal-Naquet relève<sup>18</sup> ainsi que la notion

<sup>13</sup> Cons. const., 10 juillet 1985, 85-191 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, cons. 6.

<sup>14</sup> Cons. const., 8 juin 1995, 95-177 L, *Nature juridique de dispositions prévoyant que certaines nominations doivent être effectuées par décret en conseil des ministres*, rec. p. 211.

<sup>15</sup> PRIET (F.), « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, 1994, p. 59.

<sup>16</sup> GOESEL-LE BIHAN (V.), *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2010, p. 160.

<sup>17</sup> TRÉMEAU (J.), *La réserve de la loi. Compétence législative et Constitution*, PUAM, Economica, p. 266 et s.

<sup>18</sup> VIDAL-NAQUET (A.), « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *NCCC*, n°46, 2015, p. 7-8.

d'incompétence perd son sens juridique premier (au sens d'absence d'habilitation d'une personne à édicter une norme) au profit d'une conception plus générale se référant à l'exercice jugé insuffisant d'une compétence (en l'occurrence l'élaboration de la loi).

## 1.2. *UNE CONFUSION AGGRAVEE DANS LE CONTROLE A POSTERIORI*

Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la notion d'incompétence négative s'est progressivement détachée de son caractère de moyen contentieux « externe » pour soutenir d'autres types de griefs portant sur l'exercice du pouvoir législatif.

### 1. Une sanction progressivement élargie à l'insuffisante compétence du législateur

L'incompétence négative permet en premier lieu de sanctionner le législateur lorsqu'il n'inclut pas de garanties légales suffisantes aux principes à valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel considère en effet qu'en ne prévoyant pas de dispositions suffisamment protectrices, le législateur n'aurait pas suffisamment exercé sa compétence. La jurisprudence depuis les années 2010 use de ce raisonnement dans plusieurs hypothèses : droit de l'urbanisme<sup>19</sup>, gestion de nom de domaine confiée à une autorité administrative<sup>20</sup>, internement psychiatrique forcé<sup>21</sup>. De même, le Conseil constitutionnel est amené à censurer pour incompétence négatives les dispositions législatives privant des principes ou exigences constitutionnelles de garanties légales. Ce raisonnement conduit à assimiler la répartition des compétences avec la protection des exigences constitutionnelles par des dispositions législatives et s'appuie sur un présupposé très favorable à la valeur de la loi. En effet, par ce contrôle, le juge censure une disposition dont l'insuffisance des règles privait de garanties des exigences constitutionnelles. Dès lors, ce n'est pas le renvoi au pouvoir réglementaire (y compris implicite) qui est sanctionné, mais l'absence de l'affirmation d'un cadre protecteur des droits fondamentaux par la loi.

L'incompétence négative permet ensuite de sanctionner une loi imprécise ou ambiguë et vise à protéger la qualité de la loi<sup>22</sup>. En sanctionnant l'incompétence négative du législateur, le Conseil constitutionnel censure l'insuffisance qualitative de l'exercice du pouvoir législatif, indépendamment du respect des domaines de compétence : alors même que le Conseil constitutionnel a énoncé à partir des années 2000 un objectif à valeur constitutionnelle

---

<sup>19</sup> Cons. const., 22 septembre 2010, 2010-33 QPC, rec. p. 245 (cons. 4) : le pouvoir d'appréciation confié aux autorités publiques locales en matière d'affectation de terrains cédés ne prévient pas suffisamment les atteintes possibles à l'article 17 de la Déclaration de 1789, ce qui est constitutif d'une incompétence négative.

<sup>20</sup> Cons. const., 6 octobre 2010, 2010-45 QPC, rec. p. 270 (cons. 6), cf. *infra*.

<sup>21</sup> Cons. const., 20 avril 2012, 2012-235 QPC, rec. p. 202 (cons. 26) : l'article L. 3222-3 du code de la santé publique, qui permet au représentant de l'État d'imposer une hospitalisation complète dans une unité pour malades difficiles dans certaines circonstances, n'apporte pas une protection suffisante contre le risque d'arbitraire, est donc entaché d'incompétence négative.

<sup>22</sup> Voir par exemple : Cons. const., 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, 2004-503 DC, rec. p. 144 (cons. 36) : par la rédaction suffisamment claire et précise des mécanismes prévus par la disposition contestée, le législateur n'a ni méconnu sa compétence ni porté atteinte aux exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi.

d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>23</sup>, il continue parfois d'assimiler l'inintelligibilité de la loi et l'incompétence négative du législateur<sup>24</sup>.

De fait, ces différentes définitions de l'incompétence négative sont brouillées au sein de la jurisprudence aussi bien dans les moyens soulevés que dans la motivation de certaines décisions. Ainsi, dans sa décision du 19 novembre 2013<sup>25</sup>, la saisine (telle que le rappelle le considérant 33) dénonce d'un même mouvement la délégation opérée par le législateur, l'absence de définition des garanties nécessaires et l'insuffisante clarté et intelligibilité de la loi déferée. De la même façon, dans sa décision du 29 novembre 2013<sup>26</sup>, le Conseil constitutionnel considère que l'imprécision de la disposition législative et le renvoi à une autorité tierce constitue une privation de garanties légales.

## 2. Une confusion aggravée par son maniement dans le contrôle a posteriori

Alors que la procédure de l'article 61-1 semblait exclure les moyens touchant à la procédure d'adoption de la loi<sup>27</sup>, la jurisprudence concordante du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel a permis, de manière rapide, de soulever l'incompétence négative du législateur à l'appui d'une QPC, à la condition que cette incompétence affecte « par elle-même » un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Dans un premier temps, le Conseil d'État<sup>28</sup> a accepté de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC contestant le renvoi contenu dans la loi au pouvoir réglementaire en matière de TVA déductible. Dans ses conclusions, le rapporteur public reconnaissait un « double visage »<sup>29</sup> à l'incompétence négative, qui pouvait correspondre à un moyen d'illégalité externe ou interne selon la perspective adoptée, ce qui justifiait dans ce dernier cas le renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel. Deux décisions du Conseil constitutionnel sont venues s'aligner sur la position du Conseil d'État : d'abord, dans une décision du 18 juin 2010, *Kimberley Clark*<sup>30</sup>, le Conseil constitutionnel énonce que « 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 » ; par la suite, il précise dans une décision du 18 juin 2012,

<sup>23</sup> Cons. const., 27 juillet 2006, 2006-540 DC, rec. p. 88 (cons. 9).

<sup>24</sup> Cons. const., 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, 2001-455 DC, rec. p. 49 : alors que les requérants soutiennent que la définition de « recours abusif » prévu par la loi est insuffisamment précise, le Conseil ne censure pas la disposition en retenant le terme de l'incompétence négative dans son dispositif.

<sup>25</sup> Cons. const., 19 novembre 2013, 2013-682 DC.

<sup>26</sup> Cons. const., 29 novembre 2013, 2013-357 QPC, rec. p. 1053 (cons. 5 et 8) : « il incombe au législateur, dans le cadre de sa compétence, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions [...] et, d'autre part, le respect des autres droits et libertés constitutionnellement protégés ; que, dans l'exercice de son pouvoir, le législateur ne saurait priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ».

<sup>27</sup> Aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, seule peut être soulevée à l'encontre d'une disposition législative la question de savoir si l'exercice du pouvoir législatif a méconnu les droits et libertés garantis par la Constitution. En ce sens, le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale (rapport de Jean-Luc Warsmann) préconisait d'exclure la possibilité de « juger d'une loi dans son aspect procédural au regard de la compétence de son auteur ».

<sup>28</sup> Conseil d'État, 23 avril 2010, *SNC Kimberley Clark*, n° 327166, mentionné au recueil Lebon.

<sup>29</sup> BOUCHER (J.), Conclusions sur l'affaire *SNC Kimberley Clark*, RFDA, 2010, n°4, p. 704.

<sup>30</sup> Cons. const., 18 juin 2010, 2010-5 QPC, rec. p. 114.

*FNEM FO*,<sup>31</sup> que cette méconnaissance est opérante dans le cadre d'une QPC lorsqu'elle affecte « par elle-même » un droit ou une liberté au sens de l'article 61-1 de la Constitution, restreignant l'invocation du grief d'incompétence négative à l'appui d'une QPC.

L'ambivalence de la notion d'incompétence négative du législateur, évoquée *supra*, se retrouve dès lors accentuée dans le cadre de la QPC. D'une part, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion, dans le cadre de plusieurs QPC, d'étendre les hypothèses où le moyen tiré de l'incompétence négative était opérant tout en brouillant son lien initial avec l'article 34 de la Constitution : dans une décision du 6 octobre 2010<sup>32</sup> (par laquelle il relève d'office le moyen tiré de l'incompétence négative), le Conseil constitutionnel juge qu'un article du code des postes et des communications électroniques, qui reconnaissent à des organismes désignés par le ministre la gestion de nom de domaine sur Internet, était entaché d'incompétence négative en ce qu'il n'apportait pas de garanties suffisantes à la liberté d'expression et à l'article 11 de la Déclaration de 1789. De même, le Conseil constitutionnel censure<sup>33</sup> une disposition du code de procédure pénale qui n'encadrerait pas suffisamment le pouvoir du juge en matière de garde à vue, cette insuffisance privant l'accusé d'exigences constitutionnelles relatives au droit de la défense et constituant de ce fait une incompétence négative. Ces deux exemples illustrent déjà l'écart grandissant entre la notion d'incompétence négative initiale et sa portée jurisprudentielle dans le cadre de la procédure de QPC. Par sa décision du 18 juin 2012<sup>34</sup>, le Conseil constitutionnel franchit une étape supplémentaire en détachant largement l'incompétence négative de la répartition des compétences prévues à l'article 34 : était contesté l'article L. 711-1 du code de la sécurité sociale qui renvoyait au pouvoir réglementaire la fixation des règles applicables aux régimes spéciaux de sécurité sociale. Or, l'article 34 charge expressément le législateur de « déterminer les principes fondamentaux de la sécurité sociale » et, en particulier, les régimes spéciaux afférents. Ce renvoi au pouvoir réglementaire semblait dès lors manifestement contraire à l'article 34 de la Constitution et constitutif d'une incompétence négative. Le moyen était reconnu opérant dans le cadre d'une QPC dans la mesure où des droits et libertés reconnus par le 11<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 étaient en cause. Pourtant, le Conseil constitutionnel juge l'article conforme à la Constitution en reconnaissant, d'une part, la méconnaissance par le législateur de sa compétence mais en jugeant, d'autre part, que cette situation ne prive pas « en elle-même » de garanties légales les exigences constitutionnelles en cause. En définitive, le Conseil constitutionnel, tout en reconnaissant en l'espèce la méconnaissance de sa compétence par le législateur, écarte le grief tiré de l'incompétence négative du fait de l'absence d'atteinte aux garanties des exigences constitutionnelles en cause.

Désormais, l'atteinte matérielle aux droits et libertés protégés par la Constitution et le contrôle des garanties légales semblent s'être entièrement substitués, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, au grief formel d'incompétence négative.

---

<sup>31</sup> Cons. const., 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines – FO*, 2012-254 QPC, rec. p. 292.

<sup>32</sup> Cons. const., 6 octobre 2010, 2010-45 QPC, rec. p. 270.

<sup>33</sup> Cons. const., 17 février 2012, 2011-223 QPC, rec. p. 126.

<sup>34</sup> Cons. const., 18 juin 2012, pré-cité.



## 2. SORTIR DE LA CONFUSION PAR UNE CLARIFICATION DE L'INCOMPÉTENCE NÉGATIVE

### 2.1. *UN RECENTRAGE NECESSAIRE SUR LE CRITERE FORMEL DE LA LOI : ASSURER LE RESPECT DES COMPETENCES NORMATIVES*

Afin de retrouver une cohérence théorique, l'incompétence négative doit être distinguée des hypothèses précitées<sup>35</sup>, qui concerne plus largement l'exercice du pouvoir législatif. Par une lecture stricte de l'article 34, l'incompétence négative offre au Conseil constitutionnel un outil pragmatique dans son contrôle de l'exercice du pouvoir législatif.

#### 1. Une confusion dans la mobilisation de l'incompétence négative à dépasser

L'incompétence négative constitue l'un des griefs les plus populaires à l'appui d'une procédure de QPC<sup>36</sup>, alors que sa portée contentieuse est paradoxalement limitée, si bien qu'une partie de la doctrine se montre critique à son égard (« Nous assistons à une dilution du grief d'incompétence négative dans le contrôle de proportionnalité » selon D. Fallon<sup>37</sup> ; « [la décision] évite ainsi une forme d'instrumentalisation de la QPC qui tendait à se développer en détournant l'objet de cette procédure ; de la sorte, elle souligne à nouveau la très faible utilité réelle du grief d'incompétence négative »<sup>38</sup>). En effet, il résulte de l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle a priori, accentué par son contrôle a posteriori, qu'à une question de compétence, le juge constitutionnel substitue une analyse de l'atteinte portée aux droits et libertés. L'incompétence négative n'est dès lors qu'un moyen d'établir cette atteinte, au point que le Conseil constitutionnel ait pu dégager un droit à « bien légiférer »<sup>39</sup>. Significativement, les justiciables ont pris conscience de ce glissement d'un grief formel vers un grief matériel, en invoquant, sans succès, le grief de l'incompétence négative contre l'inaction du législateur<sup>40</sup>.

D'une part, la privation des garanties légales d'exigences constitutionnelles n'est pas assimilable à un cas d'incompétence négative. En effet, le contrôle de ces garanties ne regarde pas en elles-mêmes la répartition des compétences posées par la Constitution. Le contrôle a posteriori doit donc se porter exclusivement sur le fond des dispositions contestées et ne plus concerner la compétence du législateur, qui serait la source de cette insuffisante

---

<sup>35</sup> Supra, Section 1, §1, B.

<sup>36</sup> Note de ODINET (G.) et BARROIS DE SARIGNY (C.) sur CE, 12 février 2021, n° 440401, La Gazette du palais, 29 juin 2021, n° 24, p. 29.

<sup>37</sup> FALLON (D.), *ibid.*, p. 241.

<sup>38</sup> Note de ODINET (G.) et BARROIS DE SARIGNY (C.), *ibid.*, p. 30.

<sup>39</sup> GALLETI (F.), Existe-t-il une obligation de bien légiférer ?, RFDC 2004, p. 393.

<sup>40</sup> CE, 12 février 2021, n° 440401 : le Conseil d'État juge que le grief d'incompétence négative ne peut être soulevé qu'à l'encontre des insuffisances instaurées par une disposition. En revanche, le requérant ne peut, sur le fondement de l'incompétence négative, demander la création d'un régime dédié.

protection des exigences constitutionnelles.

De même, l'incompétence négative pourrait être distinguée du contrôle de la lisibilité et de l'accessibilité de la loi et cela d'autant plus que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a donné son autonomie à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Il ressort de l'analyse que l'incompétence négative en la matière concerne avant tout un exercice jugé insuffisant du pouvoir législatif mais ne concerne pas la question de la répartition des compétences. En réalité, l'article 34 de la Constitution sert davantage de façade à un certain nombre de jurisprudences du Conseil constitutionnel s'appuyant sur la notion d'incompétence négative.

Au-delà d'une confusion théorique, la portée pratique de ce glissement est perceptible. Surtout, cette dilution du grief d'incompétence négative est sans doute imputable à la difficulté qu'a le Conseil constitutionnel à manier des règles de compétences dans le cadre de son contrôle a posteriori. Sa jurisprudence récente illustre la banalisation du grief, qui n'est plus qu'un prétexte pour contrôler l'atteinte aux droits et libertés constitutionnels. Dans sa décision du 30 novembre 2017<sup>41</sup>, le contrôle de proportionnalité élude la question de la répartition des compétences au sein des dispositions contestées, si bien que le Conseil constitutionnel conclue par un considérant balais que « les dispositions contestées, qui ne sont pas entachés d'incompétence négative et ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarés conformes à la Constitution ». L'incompétence négative est totalement mêlée au contrôle des garanties légales. Enfin, même s'il ne s'agit que d'hypothèses contentieuses limitées en volume, l'on comprend mal, au regard de la position du Conseil, en quoi l'incompétence négative du législateur n'est pas un grief soulevable à l'encontre des dispositions antérieures à 1958 (voir notamment sa jurisprudence *Football Club de Metz* de 2010<sup>42</sup>), alors même qu'un droit ou une liberté protégée par la Constitution est menacé.

## 2. Le recentrage sur le sens véritable de l'incompétence négative

Il est dès lors souhaitable de recentrer la notion de l'incompétence négative sur une question de répartition des compétences, en revenant à une lecture stricte de l'article 34 de la Constitution : celui-ci habilite le pouvoir législatif à fixer les règles ou à déterminer des principes fondamentaux dans certains domaines énumérés. Le législateur commet alors une incompétence négative si et seulement s'il permet, en droit ou en fait, à une autorité d'édicter des normes ayant valeur de règles ou de principes fondamentaux dans ces domaines. Il conviendrait ainsi, d'une part, de préciser le domaine matériel de la norme législative puis, d'autre part, de qualifier la norme adoptée en vertu du renvoi, afin de caractériser un cas d'incompétence négative.

Il est à ce titre significatif que le Conseil a pu adopter ce raisonnement sans qu'il ne soit toutefois systématique : dans sa décision du 18 juillet 2013<sup>43</sup>, le Conseil relève que si la disposition déferée renvoie à un décret d'application, ce renvoi n'est pas constitutif d'une incompétence négative du législateur dans la mesure où le pouvoir réglementaire n'est pas habilité à édicter des normes ayant valeur de règles et de principe au sens de l'article 34 de la Constitution. À

<sup>41</sup> Cons. const., 30 novembre 2017, 2017-674 QPC.

<sup>42</sup> Cons. const., 17 septembre 2010, 2010-28 QPC, *Asso. sportive Football Club de Metz*, cons. 9.

<sup>43</sup> Cons. const., 18 juillet 2013, 2013-673 DC, rec. p. 898 (cons. 16).

l'inverse, dans sa décision du 5 août 1993<sup>44</sup>, aux termes de l'interprétation du Conseil constitutionnel, le renvoi à un décret est constitutif d'une incompétence négative car le pouvoir réglementaire est amené à énoncer des règles et principes fondamentaux de l'article 34. Plus récemment, le Conseil constitutionnel a considéré<sup>45</sup> que l'absence de voie de recours prévue par le législateur concernant la légalisation en France d'actes officiels étrangers constituait une forme d'incompétence négative en ce que le silence du législateur conduisait à méconnaître le « droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ». En somme, l'incompétence négative, dégagée de son rapport aux garanties des exigences constitutionnelles et questions de lisibilité de la loi, offre un outil pragmatique permettant de sanctionner le législateur lorsqu'il n'exerce pas l'entière habilitation que le constituant lui a conférée, tout en prenant compte l'exigence de *continuum* existant entre l'action du législateur et la concrétisation de la loi par le pouvoir réglementaire.

## 2.2. UNE CLARIFICATION A PORTEE DEMOCRATIQUE ET PRATIQUE

Cette clarification de la notion d'incompétence négative, dans le contentieux constitutionnel, répond à une exigence aussi bien pratique, en rendant sa cohérence à la question de l'incompétence négative dans le cadre de la procédure de QPC, que démocratique, en tenant compte des liens nécessaires entre le pouvoir législatif et les autorités tierces dans le processus de concrétisation des normes.

### 1. Une simplification en pratique : rendre sa cohérence au contrôle a posteriori

L'invocation de l'incompétence négative du législateur dans le cadre d'une QPC semble avoir contribué à la perte de sens initial voire à l'incohérence de la notion dans l'état actuel de la jurisprudence constitutionnelle. Il serait dès lors opportun de ne plus accueillir les moyens tirés de l'incompétence négative dans le cadre de cette procédure, afin de recentrer le contrôle a posteriori sur la méconnaissance des droits et libertés issus de la Constitution, tel que prévu par l'article 61-1 de cette même Constitution. L'analyse de la jurisprudence montre que de nombreux moyens tirés de l'incompétence négative auraient pu aboutir à un résultat similaire sans mention de l'incompétence négative. En effet, le requérant se trouve face à une alternative : ou bien le décret auquel renvoie la disposition législative méconnaît des droits et libertés reconnus par la Constitution, auquel cas son illégalité pourra être soulevée devant le juge administratif ; ou bien c'est la disposition législative elle-même, par exemple du fait de son inintelligibilité ou de son manque de clarté, qui ne protège pas suffisamment des droits et libertés reconnus par la Constitution, auquel cas sa contestation est opérante dans le cadre d'une QPC, sans qu'il soit nécessaire de soulever un moyen d'incompétence négative.

Dans le même temps, un recentrage de la notion d'incompétence négative sur une question stricte de compétence nécessiterait un contrôle attentif de la répartition des compétences prévues à l'article 34 dans le cadre du contrôle a priori des lois (article 61 de la Constitution) et, plus largement, aux différentes

<sup>44</sup> Cons. const., 5 août 1993, 93-323 DC, rec. p. 213 (cons. 16).

<sup>45</sup> Cons. const., 18 février 2022, 2021-972 QPC (cons. 5 à 12).

normes à valeur constitutionnelles reconnaissant un champ de compétence au Parlement<sup>46</sup>.

## 2. Une clarification démocratique : valoriser le rôle du Parlement dans la concrétisation des normes

Par la censure de l'incompétence négative, le Conseil constitutionnel incite le Parlement à exercer pleinement son rôle. À la différence d'un moyen tiré de la non-conformité d'une disposition à un élément à valeur constitutionnel d'ordre substantiel, l'incompétence négative vise à défendre le Parlement « contre lui-même » et la valeur de la loi. Cet argument d'ordre politique et démocratique est au fondement même de l'incompétence négative, notamment telle qu'elle est analysée en contentieux constitutionnel comparé<sup>47</sup> : par exemple, la Cour constitutionnelle italienne censure<sup>48</sup> la concurrence d'autorités normatives « secondaires » avec l'autorité normative « primaire » dans la « réserve de la loi » énoncée par la Constitution ; de même, la doctrine de la non-délégation<sup>49</sup> aux États-Unis affirme que « le Congrès ne peut abdiquer ou transférer à d'autres organes les fonctions législatives essentielles qui lui ont été conférées »<sup>50</sup>. Ce raisonnement s'appuie sur le rôle essentiel du Parlement en démocratie représentative, la sanction de l'incompétence négative du législateur pouvant être assimilée à une garantie que « les décisions dans les politiques les plus fondamentales seront prises non par un organe nommé mais par le corps immédiatement responsable devant le peuple »<sup>51</sup>.

En contrepoint de l'incompétence négative, le Conseil constitutionnel, en France, use de la technique des réserves d'interprétation pour neutraliser le grief. De cette manière, le « Conseil use de ses déclarations sous réserve pour intervenir en renfort et assister un législateur défectueux dont il comble les lacunes »<sup>52</sup>. Cette technique permet de percevoir l'ambivalence de la notion d'incompétence négative, qui constitue ainsi une sanction *au service du* législateur.

\* \*  
\*

---

<sup>46</sup> On pense par exemple à la Charte de l'environnement, tel que l'a énoncé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi OGM* (cons. 56 et 57). Plus récemment, la décision n° 2017-686 QPC du 19 janvier 2018 (cons. 8 et 9) laisse envisager une hypothèse d'incompétence négative sur le fondement de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution.

<sup>47</sup> ARLETTAZ (J.), *L'incompétence négative à l'étranger*, NCCC, 2015, n°46, p. 55.

<sup>48</sup> Cour constitutionnelle italienne, 27 novembre 1998, arrêt 383/1998.

<sup>49</sup> SUNSTEIN (C. R.), « Non delegation principles », in BAUMAN (R.) et KAHANA (T.), *The least examined Branch*, Cambridge, 2006, p. 139.

<sup>50</sup> Cour suprême des États-Unis, 27 mai 1935, *Schechter Poultry Corp v. United States*, 295 U.S. 495.

<sup>51</sup> Cour suprême des États-Unis, 3 juin 1963, *State of Arizona v. State of California*, 373. U.S. 546.

<sup>52</sup> VIALA (A.), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 97.