

**« L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL SUR LA LOI
ORDINAIRE A TRAVERS L'ÉTUDE DES MOYENS ET CONCLUSIONS
SOULEVÉS D'OFFICE »**

Anne-Charlène BEZZINA

Qui gardera nos gardiens¹ ?

Telle est l'une des questions posée par l'exercice du contrôle de constitutionnalité en France. Au jeu de la recherche de la limite suprême certains n'ont pas hésité à mettre en cause l'arbitre lui-même, son objectivité, son rôle voire même son existence.

La conception française s'est en effet longtemps construite sur cette idée qu'il n'était pas nécessaire que la loi fondamentale soit garantie par autre chose que les représentants nommés par le peuple ; le mythe de la loi expression de la volonté générale commandait que rien n'existe au dessus d'elle².

Les raisons de cette spécificité française commanderaient une autre étude, rappelons toutefois que l'existence du Conseil Constitutionnel a fait l'objet de vifs débats traduisant la difficile culture de constitutionnalité en France³.

Parmi les plus fréquentes critiques se trouve celle du « gouvernement des juges »⁴ par laquelle on laisse entendre que le juge n'est plus une « bouche de la loi »⁵ mais un créateur de droit ne se soumettant plus à aucune limite.

Le Conseil Constitutionnel est le plus souvent mis en cause dans l'exercice de son contrôle des lois ordinaires⁶ et plus spécifiquement au sujet de certaines techniques juridictionnelles de contrôle qu'il utilise à cette occasion. Ainsi en est-il de la technique des moyens et conclusions soulevés d'office par laquelle le juge constitutionnel s'écarte des limites posées par la saisine. Comme le reconnaît le professeur Di Manno⁷ « Les moyens et conclusions soulevés d'office sont sans doute deux des techniques juridictionnelles les plus controversées que le Conseil Constitutionnel utilise ».

Par le moyen soulevé d'office, le juge constitutionnel se permet de requalifier un argument de constitutionnalité des requérants, relevant de sa propre initiative un nouveau fondement constitutionnel qui rend le moyen efficace pour une annulation ou une interprétation conforme.

1 Expression attribuée à JUVENAL

2 Telle était l'idée défendue par MONTESQUIEU lors de la présentation par Sieyès en l'an III d'un jury constitutionnaire, ancêtre direct du Conseil constitutionnel.

3 Expression de D. ROUSSEAU *Contentieux Constitutionnel* Montchrestien Domat Droit Public, 7^{ème} édition

4 Expression dégagée par E. LAMBERT *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis - L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*.

5 Pour reprendre l'expression de MONTESQUIEU.

6 De l'article 61 alinéa 2 de la Constitution.

7 T. DI MANNO *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office* PUAM Economica, collection Droit public positif, Aix-en-Provence-Paris, 1994, p.202

La conclusion soulevée d'office permet au Conseil de relever *ex officio* une disposition de la loi déférée qui n'a pas été critiquée par les requérants. Sans doute est-ce contre cette technique que le débat a été le plus vif et les critiques les plus acerbes.

L'existence des moyens et conclusions soulevés d'office a pu être critiquée sur deux points essentiellement

- La méconnaissance de la règle du *non ultra petita* pour tout organe juridictionnel.
- L'absence de critère dans l'utilisation de la technique.

Ces deux critiques relèvent d'une même question fondamentale, celle de l'étendue du contrôle opéré par le Conseil Constitutionnel sur la loi.

Précisons qu'il ne sera question ici que du contrôle facultatif des lois ordinaires de l'article 61 alinéa 2. C'est de l'étendue de ce contrôle dont on se soucie puisqu'elle n'est pas spécifiée par le fondement constitutionnel ; rappelons que le texte confie au Conseil la seule mission d'examiner la conformité des lois à la Constitution.

Pour le cas du contrôle obligatoire opéré sur les lois organiques et les règlements d'Assemblées⁸, les textes et la pratique précisent que le Conseil constitutionnel est saisi de saisines non motivées et contrôle l'intégralité des dispositions déférées.

Précisons encore que par les termes *étendue du contrôle* on entend le champ couvert par la décision du juge, ses limites, sa fonction, son autorité, bref, tout ce que recouvre la décision de constitutionnalité au sens des articles 61 alinéa 1 et 2 et 62 de la Constitution.

Enfin il conviendra d'adopter l'hypothèse du caractère juridictionnel du contrôle opéré par le Conseil Constitutionnel. Cette théorie ne semble, en effet, aujourd'hui « plus faire de doutes »⁹. La conception de départ de « chien de garde du Parlement » est dépassée, depuis les tournants de 1971 et 1974, puisque la Constitution s'est étendue à tout ce que recouvre le « bloc de constitutionnalité »¹⁰ et que la conformité à la Constitution a été conçue de manière large¹¹, liant d'autant le pouvoir législatif.

L'utilisation de la technique des moyens et conclusions soulevés d'office ne contredit en rien l'hypothèse de juridiction constitutionnelle si l'on admet que le Conseil Constitutionnel est saisi de la totalité de la loi ordinaire au même titre que pour l'article 61 alinéa 1¹².

L'élargissement de l'instance opéré par la technique des moyens et conclusions soulevés d'office amène à s'interroger sur sa nature, sa spécificité mais surtout sur la latitude qu'elle accorde au juge dans l'exercice de son contrôle.

Dans son principe, la technique de contrôle est singulière, elle ne se rapproche d'aucune technique similaire et ne répond pas à des cas d'utilisation précis (I). Cette imprécision de la technique a fait d'elle un instrument d'élargissement du contrôle qui pose la question du caractère même de la décision de constitutionnalité et de son étendue (II).

⁸ Dans le cadre de l'article 61 alinéa 1 de la Constitution.

⁹ L. FAVOREU L. PHILIP, *Le Conseil Constitutionnel* PUF Que sais-je ? 2005. De nombreux auteurs partagent cette conception : P. JAN in *Le procès constitutionnel* LGDJ Col. systèmes 2001 ; G.DRAGO *Contentieux Constitutionnel* PUF Thémis.

¹⁰ L. FAVOREU. Bien que l'expression puisse se révéler impropre.

¹¹ Par exemple, le Conseil Constitutionnel peut contrôler la conformité de la loi ordinaire à une loi organique à laquelle renvoie un article constitutionnel. C'est le cas de l'ordonnance du 2 janvier 1959 à laquelle renvoie l'article 34 de la Constitution en matière financière et à laquelle le Conseil Constitutionnel a déjà confronté une loi ordinaire dans la décision n° 11 août 1960 *loi de finance rectificative pour 1960*.

¹² v. nos développements II -B

La question de l'utilisation d'une telle technique et du brevet de constitutionnalité qu'elle permet ou non d'accorder aux lois ordinaires se pose avec encore plus d'acuité maintenant que le Conseil Constitutionnel pourra être saisi de la constitutionnalité d'une loi *a posteriori*.

Quel sera le sort réservé aux lois déjà examinées par le Conseil ? Utilisera-t-il aussi fréquemment la conclusion soulevée d'office alors qu'il se connaît la possibilité d'examiner la conformité de la loi après sa promulgation, voire même après un premier examen ?

La technique est donc encore d'actualité et plus que jamais la phrase de G. Vedel se révèle avérée « *il appartiendra au Conseil Constitutionnel de se prononcer sur l'autorité du silence* »¹³.

I. Les moyens et conclusions soulevés d'office : une technique mal définie.

Comme il est d'usage, il faut définir les termes du propos ce qui dans notre cas nous mène à définir le terme *définition*. La définition est « *l'énonciation des éléments caractéristiques et des attributs d'une chose* ». Précisément, pour le cas des moyens et conclusions soulevés d'office, c'est un exercice difficile.

Cette technique est-elle connue de nos Cours Suprêmes, se rapproche-t-elle de celles qui sont utilisées par les Cours étrangères ? (A) A quels critères d'utilisation répond-elle ? (B)

A. L'utilisation de techniques similaires par les autres cours suprêmes nationales et étrangères

Il faut s'intéresser dans un premier temps au moyen d'ordre public devant les juridictions nationales (1) avant de voir les techniques similaires utilisées par les Cours Constitutionnelles européennes (2).

1) Moyen soulevé d'office et moyen d'ordre public.

Partant d'un point de vue « *administrativo-centriste* » on peut essayer de rapprocher le moyen et la conclusion d'office du moyen d'ordre public en matière administrative, civile et pénale. Il sera ici question uniquement du moyen d'ordre public devant le juge administratif.

Le moyen d'ordre public devant le juge administratif « *est un moyen qui touche à la violation d'une règle si fondamentale et si essentielle d'un système juridique que celui-ci serait mis en péril par la génération d'une pareille violation.* »¹⁴

On le voit, le moyen d'ordre public suppose donc l'existence d'un ordre juridique surplombant le cadre de l'instance, dépassant les pouvoirs des parties comme du juge, tenu¹⁵ de relever tout moyen s'y rapportant, même s'il a été écarté par les parties dès lors qu'il ressort des pièces du dossier qu'il doit être soulevé¹⁶.

13 G. VEDEL *Doctrine et jurisprudence constitutionnel* RDP 1969.

14 C. DEBBASH et J-C RICCI *Contentieux administratif* précis Dalloz Paris, 6^{ème} édition.

15 C.E 21 décembre 1919 *Moine* n°55002

16 R. CHAPUS *Contentieux Administratif* Domat Droit Public, Montchrestien Paris, 12^{ème} édition

Les conclusions soulevées d'office se rapprochent particulièrement des moyens d'ordre public dans le contentieux issu du recours pour excès de pouvoir. En effet, ce contentieux est objectif et d'ordre public à l'instar du procès constitutionnel¹⁷.

Pour autant le moyen d'ordre public devant le juge administratif correspond à une utilisation plus restrictive que l'exercice du pouvoir d'office fait par le juge constitutionnel.

Tout d'abord, en effet, lors de l'exercice de ses pouvoirs d'office, le juge administratif ne peut en aucun cas « défigurer l'instance »¹⁸, c'est-à-dire qu'il reste limité par l'objet et la cause de cette instance qui sont au départ déterminés par la contestation¹⁹.

Le Conseil Constitutionnel, à l'inverse du juge administratif, n'est pas tenu de respecter l'objet ou la cause de la demande, il peut prononcer l'annulation d'une disposition de la loi dont la conformité n'est pas mise en cause et peut élargir la cause à toute norme de référence utile par l'intermédiaire du moyen soulevé d'office.

Ensuite, le juge administratif ne peut soulever d'office un moyen d'ordre public uniquement lorsque celui-ci influe sur la solution du litige²⁰. Le moyen d'ordre public reste donc lié à l'existence d'une contestation, critère qui ne saurait s'appliquer au Conseil Constitutionnel saisi d'un contentieux objectif.

Enfin l'ordre public devant le juge administratif se limite à certains moyens répertoriés²¹, pour reprendre les principaux et les plus généraux, citons : l'incompétence ou encore la violation de la loi. Si l'on considère la Constitution comme un catalogue de droits fondamentaux et une norme répartitrice de compétence, alors toute violation de la Constitution entrant dans l'un ou l'autre de ces deux volets peut constituer un cas d'ouverture²².

Ainsi la Cour Constitutionnelle de Belgique ne peut examiner la constitutionnalité des lois qu'au regard des règles constitutionnelles relatives à la détermination des compétences de l'Etat, des communautés et des régions ou du corpus des droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution²³.

Pour ce qui est de la violation de la loi²⁴, elle pourrait comprendre de manière commode tout argument de constitutionnalité comme une violation de la constitution.

Toutefois les notions employées devant le juge administratif sont plus étroites. Prenons l'exemple de la violation de la loi qui se comprend comme une violation de son champ d'application par l'autorité administrative, ce que le Conseil Constitutionnel ne s'autorise pas à faire au regard de l'exercice de son pouvoir par le législateur²⁵.

17 Expression tirée de l'ouvrage de P. JAN *Le procès constitutionnel* Op. cit.

18 C.DEBBASH et J-C RICCI op.cit.

19 Constatation de F. LUCHAIRE lors de l'introduction au colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Monchrestien, Paris 1988.

20 C.E 22 janvier 1958 *Vincent* Rec. 49

21 Sauf à mettre de côté les cas de moyen d'ordre public ayant un caractère spécifique (R. CHAPUS, *Contentieux administratif* op.cit.).

22 Par exemple dans la décision n°75-57 DC *Loi supprimant la patente et instituant une taxe professionnelle. "en application de l'article 61 de la Constitution, d'une loi votée par le Parlement et en instance de promulgation, non seulement de se prononcer sur la conformité des dispositions de cette loi à la Constitution mais encore d'examiner si elle a été adoptée dans le respect des règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative"* la compétence du législateur est donc un contrôle qui dépasse celui de la conformité à la constitution.

23 Le titre II de la Constitution (articles 8 à 32) ainsi que par les articles 170 (principe de légalité en matière fiscale), 172 (égalité en matière fiscale) et 191 (protection des étrangers)

24 Comprise dans un sens large cette notion peut recouvrir aussi bien la loi, les conventions internationales, les règlements, le bloc de constitutionnalité (C.DEBBASH et J-C RICCI *Contentieux administratif* op.cit.).

25 v. G. DRAGO (op. cit) qui démontre que l'utilisation du cas d'ouverture du détournement de pouvoir n'est pas opérant dans le contentieux constitutionnel. A retenir aussi la formulation suivant laquelle "*Considérant que*

2) *Les techniques d'élargissement du contrôle utilisées par les Cours Constitutionnelles européennes*²⁶.

Les techniques d'élargissement du contrôle par lesquelles on entend celles qui permettent d'élargir le cadre de la contestation, de maîtriser l'instance, sont fréquemment utilisées par les Cours Constitutionnelles étrangères.

Dans chaque système, nous examinerons la technique se rapprochant des moyens et conclusions soulevés d'office en partant de la moins émancipatrice jusqu'à celle qui l'est le plus. Il sera mis de côté les cas de filtrage des recours qu'opèrent les cours allemandes, espagnoles et autrichiennes qui pourraient s'apparenter à un élargissement du rôle mais qui ne relèvent pas de la même nature que le pouvoir du Conseil Constitutionnel.

La Cour Constitutionnelle Italienne est par principe liée par les conclusions de la requête. La Cour connaît à la fois des recours incidents et directs de constitutionnalité²⁷. Les textes constitutionnels constitutifs ont prévu dans ses pouvoirs que la Cour puisse étendre sa déclaration d'inconstitutionnalité à toute disposition susceptible d'encourir le vice affectant la disposition critiquée²⁸. La Cour sans étendre le cadre de la contestation peut donc se saisir d'office de dispositions de la loi pour moduler les effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité²⁹.

Le tribunal constitutionnel espagnol dispose de pouvoirs plus étendus dans le cadre du recours *d'amparo*³⁰. Il n'est saisi *a priori* de recours en inconstitutionnalité que pour le cas des engagements internationaux. Le plus fréquemment donc le tribunal est saisi par la voie d'un contrôle *a posteriori* abstrait (procédure du recours en inconstitutionnalité) ou d'un contrôle concret (comme c'est le cas de la procédure de la question d'inconstitutionnalité).

Dans le système espagnol de justice constitutionnelle, la question d'inconstitutionnalité est une question posée par un juge ou un tribunal, d'office ou à l'initiative d'une partie, quand la loi, dont dépend la décision ou l'acte individuel, est contraire à la Constitution³¹ « *Si l'inconstitutionnalité de l'acte procède en réalité de l'inconstitutionnalité d'une loi, la chambre du Tribunal constitutionnel doit déférer cette loi à l'assemblée plénière du Tribunal (compétente en matière de contrôle des actes législatifs), déclenchant ainsi à l'égard de la loi une procédure de contrôle concret qui est habituellement dénommée " auto question d'inconstitutionnalité " .* »³²

l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen" Décision n°2007-554 DC Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

²⁶ Il ne sera ici question uniquement des Cours Constitutionnelles Européennes (L. FAVOREU PUF Que Sais-je ?, 1996). Le cadre de l'Union européenne sera retenu.

²⁷ Parmi les compétences de la Cour, citons : Le contrôle " incident " de constitutionnalité des lois ; le contrôle " principal " de constitutionnalité des lois ; les conflits d'attributions entre l'État, les Régions et les Provinces de Trente et Bolzano ; les conflits d'attributions entre les pouvoirs de l'État ; le jugement sur l'admissibilité des demandes de référendum abrogatif ; le procès pénal pour infractions commises par le Président de la République ; le jugement des recours du personnel de la Cour relatifs à leur rapport de travail.

²⁸ Dans le système français, cette technique peut être rapprochée de l'inséparabilité

²⁹ La technique est prévue par l'article 27 de la loi du 11 mars 1953 : « *la cour déclare en outre quelles sont les autres dispos dont l'illégitimité dérive comme conséquence de la décision adoptée* ».

³⁰ Le recours *d'amparo* est possible contre les actes parlementaires, les actes administratifs et les actes juridictionnels et non les lois

³¹ en application de son article 55-2

³² Entretien avec le président du tribunal constitutionnel espagnol in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°2.

Cette procédure permet donc au tribunal constitutionnel de déclarer inconstitutionnelle une loi par voie de conséquence.

Trois exemples de Cours Etrangères se rangent dans les techniques d'émancipation plus importantes que celle utilisée par la France.

La Cour Constitutionnelle Slovène³³ n'est pas limitée aux moyens soulevés par la requête ou la pétition. Elle peut apprécier aussi la constitutionnalité et la légalité d'autres dispositions du même texte et même d'un autre texte si ces dispositions sont liées entre elles ou si la solution de l'affaire l'exige.

Longtemps prise pour modèle du contrôle concentré suivant le modèle « européen »³⁴, la Cour Constitutionnelle Autrichienne dispose d'un pouvoir assez similaire à celui utilisé par le Conseil Constitutionnel. « *La Cour s'est vue reconnaître le pouvoir d'examiner d'office la constitutionnalité d'une loi dès lors que cette loi doit servir de base à l'une de ses décisions et qu'elle a des doutes sur sa constitutionnalité* »³⁵.

La Cour Constitutionnelle étant saisie à la fois à propos de la constitutionnalité de la loi, mais aussi de recours de particuliers³⁶, elle peut mettre en cause la loi directement lorsque seule sa constitutionnalité est en cause ou alors de façon médiate, dès lors que la solution de la question dépend de la loi. Dans l'exercice de son contrôle, la Cour, on le voit, ne statue aucunement *ultra petita* puisqu'elle doit veiller à respecter les limites des conclusions des requérants, se soumettant par là même à une limite supplémentaire ne s'exerçant pas sur le Conseil Constitutionnel français.

Utilisant la même combinaison de contrôles *a priori* et *a posteriori*, la Cour Constitutionnelle fédérale d'Allemagne n'est pas liée par les conclusions des requérants dans tous les cas de saisines. Elle peut se saisir d'office de toute question de constitutionnalité qu'elle soit saisie par des requérants ou par un organe politique.

La Cour Constitutionnelle ne peut s'arroger ce droit de statuer *ex officio*³⁷ que dès lors que l'acte administratif frappé d'inconstitutionnalité met en cause la loi qu'il prend pour fondement.

Parallèlement l'article 78 de la loi fondamentale sur la Cour Constitutionnelle dispose que « *si d'autres dispositions de la loi sont incompatibles avec la loi fondamentale ou tout autre droit fédéral pour les mêmes raisons, la Cour Constitutionnelle fédérale peut également les déclarer nulles* », à cette occasion, la Cour élargit la contestation à d'autres dispositions frappées d'inconstitutionnalité par ricochet. Par l'utilisation qu'en fait la Cour, elle se permet de contester d'office de nombreuses dispositions non critiquées par la saisine.

On le voit donc, le pouvoir d'office³⁸ du Conseil Constitutionnel relève bien d'une spécificité française de la haute juridiction. Si la technique n'est pas étrangère aux Cours Européennes, aucune ne revêt les mêmes caractéristiques, soit qu'elle soit trop étendue ou au contraire enfermée dans des limites plus strictes.

Sans doute cette spécificité est-elle due au contrôle jusqu'alors *a priori* et concentré et exceptionnel au niveau européen, mais aussi au flou entourant l'utilisation de la technique.

33 Statue à la fois *a posteriori* sur la conformité des normes (lois, règlements, principes généraux du droit international etc...) et *a priori* sur la ratification des traités internationaux, etc... in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel n°19* - Présentation de la Cour Constitutionnelle slovène.

34 L. FAVOREU *Les Cours Constitutionnelles* op. Cit.

35 L. FAVOREU *Ibid.*

36 Comme c'est le cas de chaque Cour étudiée jusqu'alors.

37 L'article 78 de la loi fédérale propose le pouvoir d'office.

38 Th. DI MANNO *Le Conseil Constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office* Op. cit.

B. L'absence de critère fixe et de classification des dispositions soulevées d'office

Nous nous intéresserons à la fonction du juge (1) et à la classification des cas d'utilisation de la technique (2). Ne faudrait-il pas conclure avec G. Drago que « *La technique du relevé d'office permet au Conseil d'exercer librement son pouvoir d'interprétation puisqu'il détermine, au sein du bloc de constitutionnalité, la ou les normes de référence qui fondent le contrôle des dispositions faisant l'objet du relevé d'office* »³⁹.

1) *Le Conseil Constitutionnel est-il garant de l'ordre public constitutionnel ?*

La technique d'interprétation des moyens et conclusions soulevés d'office n'est prévue par aucun texte constitutif des missions du Conseil Constitutionnel. Né de la pratique, sortie de la jurisprudence première du Conseil Constitutionnel⁴⁰, le moyen comme la conclusion soulevé d'office a nécessité un travail de compréhension doctrinal.

Certains auteurs ont cherché à assimiler la technique à la protection des droits fondamentaux, d'autres à la conformité aux obligations communautaires⁴¹. Il reste que rien ne justifie l'utilisation de ce pouvoir par le Conseil Constitutionnel.

À l'occasion des décisions 92-403 DC⁴² et 96-386 DC⁴³ le Conseil a précisé qu'il entendait se saisir de la totalité de la loi ordinaire déférée sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la constitution qui lui confie mission de garantir la conformité des lois aux normes constitutionnelles.

Existe-t-il pour autant un critère qui permette d'expliquer l'utilisation des moyens et conclusions soulevés d'office sur certains points et pas d'autres ?

Le Conseil Constitutionnel dans sa fonction serait-il garant de l'ordre public constitutionnel conçu comme étant né de la « *corrélation existant entre ordre public et constitution* »⁴⁴ ?

L'ordre public souffre une définition aux contours flous « *termes servant à caractériser certaines règles qui s'imposent avec une force particulière et par extension (...) l'ensemble des règles qui présentent ce caractère* »⁴⁵.

Appliquée au niveau de la constitution, cette notion révèle l'existence d'un ordre supérieur dont la Constitution serait la garante.

On le comprend, le rôle du Conseil Constitutionnel et l'objet du contrôle de conformité de la loi à la constitution, la cause de l'inconstitutionnalité serait donc toute entière englobée dans cette nécessité pour l'ordre public d'être garanti indépendamment de toute volonté des saisissants.

La nature de la question de constitutionnalité peut être elle-même définie comme particulière, objective et d'ordre public puisque garantissant le respect de la norme fondamentale.

³⁹ G. DRAGO *Contentieux constitutionnel* op. cit.

⁴⁰ Décision n°73-51 DC *Loi de finances pour 1974*.

⁴¹ P. AVRIL et J. GICQUEL *Le Conseil Constitutionnel* PUF Que sais-je ?

⁴² Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998 · *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*

⁴³ Décision n° 96-386 du 30 décembre 1996. *Loi de finances rectificative pour 1996*

⁴⁴ N. JACQUINOT *Ordre public et constitution*, thèse Aix-Marseille.

⁴⁵ V. R. CAPITANT et G. CORNU *Vocabulaire juridique* PUF 7^{ème} édition.

D'ordre public par nature, toute question de constitutionnalité serait donc susceptible d'être soulevée d'office⁴⁶, le Conseil Constitutionnel peut donc être valablement saisi de la totalité de la Constitution lors de son contrôle de conformité⁴⁷.

La cause du contentieux constitutionnel peut elle aussi être englobée dans la notion d'ordre public.

Comme c'est le cas pour le recours pour excès de pouvoir, le contentieux constitutionnel est un contentieux objectif pur. L'objet du contrôle est dans le premier cas le respect de la légalité, dans le second le respect de la constitutionnalité, le litige se détache des parties et particulièrement pour le contentieux constitutionnel des lois, les notions de cause et d'objet⁴⁸ sont définies de manière large.

En droit administratif la cause est définie comme « *Le principe juridique sur lequel le requérant fonde sa demande* »⁴⁹

En droit constitutionnel « *la cause de la demande d'un contrôle de constitutionnalité est toujours la même : la contrariété à la Constitution. Il n'y a donc qu'une cause : la constitution.* »⁵⁰. Une décision illustre parfaitement cette conception, la décision 89-271⁵¹ par laquelle le Conseil Constitutionnel reconnaît « *qu'il lui appartient (...) de relever d'office toute disposition de la loi déferée qui méconnaît des règles ou principes de valeur constitutionnelle.* »

Pour autant, le Conseil constitutionnel soulève-t-il d'office toute question de constitutionnalité ? « En droit public » tout est-il « d'ordre public »⁵² ?

Il semble plus opportun de retenir le critère de l'inconstitutionnalité manifeste⁵³ même s'il a le tort de laisser penser que certaines inconstitutionnalités seraient moins importantes que d'autres « *Il ne saurait en effet y avoir d'intensité dans la conformité à la constitution* »⁵⁴ mais il traduit la réalité suivant laquelle le Conseil ne soulève pas d'office tout moyen d'inconstitutionnalité.

Au contraire, le Conseil Constitutionnel, pour soulever d'office ou procéder à une annulation, se réfère à la gravité de la violation constitutionnelle laissant entendre que toute mise en cause moins importante n'aurait pas suscité la censure⁵⁵.

⁴⁶ G. DRAGO *Contentieux constitutionnel des lois : contentieux d'ordre public par nature* op. cit.

⁴⁷ Pour corroborer cette thèse, on peut citer l'exemple de la décision n°93-343/3444 grande décision *lois relative à la bioéthique* "Sur l'ensemble des dispositions des lois soumises à l'examen du Conseil Constitutionnel 18. Considérant que lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ; 19. Considérant que l'ensemble des dispositions de ces lois mettent en oeuvre, en les conciliant et sans en méconnaître la portée, les normes à valeur constitutionnelle applicables. »

⁴⁸ Qui constituent les trois éléments principaux de l'instance.

⁴⁹ Ch. DEBOUY *Les Moyens d'Ordre Public en Procédure Administrative Contentieuse* PUF, 1981

⁵⁰ V. BACQUET-BREHANT *L'article 62, Alinéa 2 de La Constitution Du 4 Octobre 1958 - Contribution À L'étude de L'autorité Des Décisions Du Conseil Constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2005.

⁵¹ Décision 89-271 DC du 11 janvier 1990 *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*

⁵² L. BEQUET, Répertoire du droit administratif, t. VIII, 1891 *Vème Contentieux administratif* N°952

⁵³ B. GENEVOIS *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel est-elle imprévisible?* Pouvoirs n°59, 1991 p. 129

⁵⁴ J. MEUNIER *Le pouvoir du Conseil constitutionnel: Essai d'analyse stratégique* LGDJ, Bruylant, Montchrestien, 1994

⁵⁵ Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 *Loi portant création d'une couverture maladie universelle* « 27. Considérant, enfin, qu'en prévoyant à l'article 6-2, inséré dans la même loi par l'article 23 de la loi déferée, que les bénéficiaires de la couverture maladie universelle antérieurement affiliés à un organisme de protection sociale complémentaire pourront obtenir de plein droit la résiliation de la garantie souscrite auprès de cet organisme, si ce dernier a fait le choix de ne pas participer au dispositif créé par la loi, le législateur a mis en

Du point de vue du contrôle formel, il faut relever aussi que toutes les règles de procédure, ainsi que toutes les règles de compétence, ne sont pas contrôlées par le Conseil, au moins dans l'exercice de son pouvoir d'office.

En effet, le juge constitutionnel utilise parfois la notion de formalité substantielle⁵⁶ pour censurer ou pas un article de loi pour vice de forme.

Il apparaît au regard de la jurisprudence qu'une inconstitutionnalité peut expressément ne pas être soulevée d'office.

En effet, pour prendre un exemple récent, le Conseil Constitutionnel a précisé que la censure des dispositions réglementaires d'une loi ordinaire⁵⁷ ne pourrait pas intervenir d'office⁵⁸, comme le précise les termes des Cahiers du Conseil du Constitutionnel : le juge constitutionnel devrait se limiter aux dispositions « *qui sont expressément contestées ou, si le grief tiré des empiètements est "transversal", aux plus caractéristiques des dispositions réglementaires du texte* ».⁵⁹

Mentionnons à titre topique que le Conseil Constitutionnel s'est toujours refusé à censurer le non respect de l'article 40 de la Constitution avant examen préalable par les assemblées⁶⁰.

On le voit donc, l'utilisation du pouvoir d'office paraît relever du pouvoir propre du Conseil Constitutionnel plutôt que du pouvoir contraignant d'un ordre public constitutionnel. En effet, le Conseil constitutionnel se réserve la possibilité de ménager le « *principe de réalité* »⁶¹ à l'occasion de son contrôle d'office puisqu'il ne sanctionne que les irrégularités manifestes et les règles fondamentales violées. Non pas que ce ménagement de son rôle soit uniquement dû à une autoprotection de son activité jurisprudentielle mais plutôt que dans certains cas, la modulation du pouvoir d'office soit une condition nécessaire pour préserver le domaine d'intervention du législateur⁶² ou pour ménager les effets d'une jurisprudence nouvelle⁶³.

oeuvre l'exigence constitutionnelle d'égalité devant la loi entre tous les bénéficiaires de la couverture maladie universelle ; que, n'ayant pas entendu exclure toute indemnisation, le législateur n'a pas porté aux contrats en cours d'exécution une atteinte contraire, par sa gravité, aux principes posés par les articles 4 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »

⁵⁶ v. les décisions n°329 DC, 397 DC et 512 DC, par exemple.

⁵⁷ jurisprudence 512 DC *loi sur l'avenir de l'école*

⁵⁸ *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°19 op. cit.

⁵⁹ *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°19 op. cit.

⁶⁰ Jurisprudence issue de la décision n°86-126 DC. Pour un exemple récent v. la décision n°2002-464 DC du 27 décembre 2002 « *Il appartient tant au Gouvernement qu'aux instances compétentes des assemblées, selon les procédures prévues par les règlements propres à chaque assemblée, de veiller au respect des règles de recevabilité des amendements déposés par les membres du Parlement en matière financière. En l'espèce, l'amendement dont est issu l'article critiqué n'a pas vu sa recevabilité contestée, en application de l'article 40 de la Constitution ou de l'article 42 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, au cours de la procédure parlementaire. La question de sa recevabilité n'ayant pas été soulevée, elle ne peut être directement invoquée devant le Conseil constitutionnel* ». Cette jurisprudence a été infléchie pour le Sénat qui n'a toujours pas mis en place de procédure parlementaire préalable pour le contrôle du respect de l'article 40, le conseil Constitutionnel s'est donc retrouvé forcé d'accepter la compétence pour le cas de la chambre haute par la décision n°2006-544 DC, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°20 : « *Désormais, et tant que le Sénat n'aura pas répondu positivement à l'invitation du Conseil, celui-ci pourra donc connaître directement de la méconnaissance, par les amendements sénatoriaux, de l'article 40 de la Constitution (autrement dit comme juge de premier et dernier ressort), alors que l'invocation de l'article 40 de la Constitution à l'encontre des amendements des députés continuera de n'être possible devant le Conseil que si l'irrecevabilité financière a été soulevée à l'Assemblée nationale* ».

⁶¹ « *La portée des décisions du Conseil Constitutionnel juge de la constitutionnalité des lois et des traités* » Services du Conseil.

⁶² Pour le cas de la jurisprudence n°512 DC v. *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°19 *étude Loi et règlement*, article de J-B AUBY « *A l'inverse, la censure des dispositions réglementaires conduirait à un revirement de jurisprudence d'une portée incommensurable, inopportun du point de vue de la lisibilité des textes (la loi peut légitimement combler un " interstice " de nature réglementaire pour permettre au dispositif d'être*

Relevons le mot de l'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel O. Schrameck : « *il y a donc matière à appréciation du Conseil Constitutionnel qui ne se veut pas le censeur pointilleux et vétilleux de la loi mais qui s'assure en quelque sorte que le débat législatif n'a pas conduit de manière subreptice à mettre en cause de façon caractérisée l'état de droit qui résulte de nos principes fondamentaux ou de la hiérarchie des normes.* »⁶⁴

2) *Recensement des cas d'utilisations des moyens et conclusions soulevés d'office devant le Conseil Constitutionnel.*

La théorie des cas d'ouverture devant le Conseil Constitutionnel, on l'a vu, comme toute comparaison en la matière, ne peut être qu'une facilité de raisonnement puisque la mise en œuvre de la technique des moyens et conclusions soulevés d'office devant le Conseil constitutionnel révèle un caractère « *particulier* »⁶⁵ qui lui donne sa logique propre. Parmi les moyens et conclusions soulevés d'office le Conseil Constitutionnel censure de manière inégale les dispositions constitutionnelles.

La question des normes de référence dans le cadre des moyens et conclusions soulevés d'office mérite donc d'être étudiée. Ordre public ou pas, certaines dispositions, certaines catégories de normes et certaines violations reviennent en tête, liant le pouvoir du Conseil Constitutionnel de manière quasi systématique.

On s'intéressera particulièrement ici à deux domaines fondamentaux : les cas de violations de règles de formes dans lesquelles sont comprises les règles de procédures et de répartitions de compétences et enfin celles qui sont relatives à la violation des droits fondamentaux.

Ces deux domaines relèvent de deux fonctions différentes du Conseil constitutionnel, d'abord le Conseil constitutionnel « *régulateur des pouvoirs publics* »⁶⁶, ensuite le Conseil Constitutionnel gardien des droits fondamentaux et protecteur des libertés publiques. Ces deux domaines ne constituent pas des cas d'ouverture contraignants pour le Conseil puisqu'il apparaît que le Conseil Constitutionnel reste souverain en son royaume et se réserve la possibilité de moduler « *son contrôle en fonction du caractère plus ou moins sensible des textes qui lui sont soumis* »⁶⁷

Quant à la violation des règles de forme, elle constitue l'une des activités principales du Conseil Constitutionnel en matière d'exercice du pouvoir d'office.

Parmi les cas de répartition de compétences, il faut faire une place particulière aux dispositions respectant les domaines des lois ordinaires, organiques, de finances ou sociales : en un mot les fameux cavaliers. Juge des « domaines » et de leurs garanties, le Conseil

accessible d'un seul tenant) et soulevant de redoutables problèmes vis-à-vis du Parlement (il suffit de songer à la loi sur les retraites, dont les éléments quantitatifs étaient réglementaires, alors qu'ils étaient les plus importants de la réforme). Le Conseil constitutionnel se propose désormais de déclarer "préventivement" réglementaires les dispositions en cause. Pour des raisons pratiques liées à la longueur d'un texte et à la charge de travail du Conseil constitutionnel, celui-ci ne peut cependant s'obliger à relever exhaustivement les empiètements d'une loi déferée sur le domaine réglementaire ».

⁶³ Pour un exemple jurisprudentiel voir la décision n°98-402 loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier et les termes de son communiqué de presse « *Toutefois, s'agissant d'une première application de cette nouvelle jurisprudence sur les amendements après CMP, le Conseil a décidé de limiter la déclaration de non-conformité, aux seuls articles contestés.* »

⁶⁴ Intervention au colloque *20 ans de saisine parlementaire du Conseil Constitutionnel*, Economica, 1994

⁶⁵ G. DRAGO *Contentieux Constitutionnel Contentieux d'ordre public par nature* op. cit.

⁶⁶ L. FAVOREU *Le Conseil Constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, RDP 1967

⁶⁷ D. TURPIN *Le Conseil Constitutionnel, son rôle, sa jurisprudence*, Montchrestien, Paris, 2^{ème} édition.

Constitutionnel attache une valeur importante à ce que chaque type de loi, définie par la Constitution, puisse avoir son domaine constitutionnel sans empiéter sur une autre.

En premier lieu, le Conseil Constitutionnel examine le respect des compétences législatives et réglementaires. Dans le cadre de ces décisions de conformité, le Conseil Constitutionnel censure aussi bien le respect de l'article 34 que de l'article 37 de la Constitution.

Par le biais de l'incompétence négative, il censure l'accomplissement complet par le législateur de sa compétence et en sanctionne l'abandon à toute autre autorité, réglementaire ou juridictionnelle⁶⁸.

Le Conseil Constitutionnel contrôle le respect du domaine réglementaire. Dans la décision CSA⁶⁹, le Conseil Constitutionnel a-t-il censuré la délégation du pouvoir réglementaire de manière trop large à une autorité administrative indépendante. De même, le Conseil Constitutionnel censure le concept d'injonction au pouvoir réglementaire qui serait fait par la loi⁷⁰.

Il faut faire une place particulière au respect des domaines d'intervention des différents types de lois, organiques, de finances ou de financement de la sécurité sociale. La censure des *cavaliers* constitue l'une des principales préoccupations du Conseil Constitutionnel dans l'exercice de la procédure d'adoption de la loi mais aussi en ce qui concerne la constitutionnalité de son contenu. A l'origine des vices de non sens des lois, d'hypertrophie et de non lisibilité, les cavaliers dans l'histoire de la République sont censurés par les règlements des Assemblées en premier ressort⁷¹.

On recense 8% des cas de conclusions d'office pour les cavaliers sociaux sur le fondement du I de l'article LO 111-3 du Code de la Sécurité Sociale issu d'une loi organique prévue par l'article 34 de la Constitution.

Le Conseil Constitutionnel censure de manière constante le non-respect du caractère financier d'une disposition de loi inscrite dans la loi de finances. Compétence première des Parlements Européens, le droit de regard en matière financière est garanti par le Conseil constitutionnel qui ne saurait pour autant tolérer que la procédure rapide d'adoption des lois de finances annuelles ou rectificatives justifie qu'elles deviennent des lois *fourre-tout*.

On recense 25% de conclusions d'office pour le seul respect de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 2 janvier 1959, devenue Loi organique relative aux lois de finances le 1^{er} août 2001. Concurremment mais plus rarement le Conseil Constitutionnel sanctionne le respect du domaine de la loi de finance sur le fondement de l'article 47 de la Constitution⁷².

⁶⁸ L'incompétence négative a été censurée dans les décisions n°233 DC, 277 DC ou encore 338 DC par exemple.

⁶⁹ décision n°268 DC *loi de finance pour 1990*

⁷⁰ ainsi dans les décisions n°269 DC, 250 DC et 435 DC, par exemple.

⁷¹ L'article 108-3 du règlement de l'Assemblée nationale prévoit que, à ce stade : « *La discussion des articles est limitée à ceux pour lesquels les deux assemblées du Parlement n'ont pu parvenir à un texte identique* ». De même, l'article 42-10 du règlement du Sénat prévoit que : « *A partir de la deuxième lecture... la discussion des articles et des crédits budgétaires est limitée à ceux pour lesquels les deux chambres du Parlement n'ont pas encore adopté un texte ou un montant identique* ». L'article 98-5 du règlement de l'Assemblée nationale prévoit que : « *Les amendements et les sous-amendements ne sont recevables que s'ils s'appliquent effectivement au texte qu'ils visent ou, s'agissant d'articles additionnels, s'ils sont proposés dans le cadre du projet ou de la proposition* ». L'article 48-3 du règlement du Sénat prévoit que : « *Les amendements ne sont recevables que s'ils s'appliquent effectivement au texte qu'ils visent ou, s'agissant d'articles additionnels, s'ils ne sont pas dépourvus de tout lien avec l'objet du texte en discussion* ».

⁷² Le Conseil constitutionnel l'a sanctionné d'office à trois reprises : Décisions n°461, 489 et 488 DC.

Le Conseil Constitutionnel censure aussi le dépassement de compétence du législateur ordinaire sur le domaine d'intervention du législateur organique⁷³. Inversement pourtant, le Conseil ne censure pas la présence de dispositions ordinaires dans les lois organiques.

Ne faut-il pas alors s'interroger sur l'intervention prépondérante, majoritaire, voire écrasante de l'utilisation de la technique du relevé d'office pour le cas du respect des compétences ?

L'ordre public constitutionnel suppose-t-il que chaque inconstitutionnalité soit considérée comme un manquement à l'ordre de compétence déterminé par le texte suprême et par là même une violation formelle ?

Cette conception défendue par H. Kelsen⁷⁴ et reprise par Ch. Eisenmann⁷⁵ signifie que la Constitution est une loi de procédure et que toute inconstitutionnalité matérielle n'est qu'une violation formelle de procédure de telle sorte que déroger à la Constitution c'est déroger « à la répartition des compétences prévues par elle »⁷⁶.

On peut affirmer que ce raisonnement est confirmé au regard de l'utilisation des conclusions d'office pour le respect des règles de procédure d'adoption ou des domaines de compétences entre lois ordinaires. La technique permet au Conseil Constitutionnel de faire respecter la Constitution, gigantesque règle du jeu.

Le vice d'incompétence du législateur au sein des différents types de lois est donc, à l'instar du contentieux administratif, une question d'ordre public devant le Conseil Constitutionnel. Cette thèse est confirmée par la recevabilité large accordée aux griefs tenant à la compétence du législateur, c'est ce que reconnaît P. Jan « *La question de la recevabilité ne pose pas de difficulté sur le plan des principes. D'ordre public, les questions de constitutionnalité, qui posent toutes une question de compétence par nature soulevée d'office par le juge, peuvent être communiquées au juge à tout moment.* »⁷⁷

La principale carence de cette analyse est sans doute d'occulter la seconde fonction, première sur le plan des principes, du Conseil Constitutionnel qui fait de lui le gardien des droits fondamentaux et c'est à cet égard « *qu'il n'est pas surprenant que la pratique qui est faite par le Conseil Constitutionnel de son pouvoir d'invocation d'office, révèle (...) l'importance de la protection que le juge accorde aux garanties de ces droits et libertés* »⁷⁸. De manière chronologique, on peut affirmer que l'élargissement des normes de référence au profit des droits fondamentaux a été presque parfaitement coordonné avec la consécration du pouvoir d'office. Précisons que la première conclusion soulevée d'office par le Conseil constitutionnel l'était sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁷⁹.

⁷³ Par exemple, la décision n°96-386 DC (précité) « 17. *Considérant que si le législateur avait la faculté, comme il est seul habilité à le faire, de valider sous réserve du respect des décisions de justice passées en force de chose jugée et de l'existence d'un but d'intérêt général, des dispositions prises par une autorité du territoire, il ne pouvait en tout état de cause, en application des dispositions précitées de la Constitution, le faire que par la voie d'une loi organique, s'agissant d'un régime d'impositions ressortissant à la compétence des autorités territoriales en application des articles 5 et 6 de la loi susvisée du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française ; que dès lors l'article 59 de la loi a été adopté selon une procédure contraire à la Constitution.* »

⁷⁴ Hans KELSEN *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP 1928

⁷⁵ *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1928 Economica et P.U.A.M

⁷⁶ V. BOUVIER op. cit.

⁷⁷ P. JAN *Le procès constitutionnel*, op. cit.

⁷⁸ T. DI MANNO « *Le Conseil Constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office* » op. cit.

⁷⁹ Décision n°127 DC *Loi sécurité et liberté*.

Au premier rang des droits fondamentaux protégés se trouve le principe d'égalité sous toutes ses déclinaisons. Sans doute est-ce le caractère protéiforme du principe qui en fait un des plus utilisés par le Conseil constitutionnel : « *Le principe d'égalité (l'un des trois à figurer dans la devise de la République) est, de tous les principes constitutionnels, celui qui est le plus souvent invoqué devant le Conseil constitutionnel. Il est peu de saisines où le grief ne soit pas soulevé et il l'est assez souvent avec succès* »⁸⁰.

Les conclusions soulevées d'office font appel pour 15% des cas recensés au principe d'égalité⁸¹. Les autres cas de violations des droits fondamentaux sont d'utilisation beaucoup plus faible⁸².

Faut-il alors admettre que l'ordre public constitutionnel permet, sans consacrer la supra-constitutionnalité, de hiérarchiser les libertés publiques ?

La notion de hiérarchie formelle dans le bloc de constitutionnalité, qui suppose de hiérarchiser les droits en fonction de leur origine textuelle, ne peut pas être retenue⁸³ comme le démontre l'utilisation des moyens et conclusions soulevés d'office puisque le Conseil Constitutionnel a utilisé au moins une fois chaque type de norme comprise dans le bloc de constitutionnalité⁸⁴.

En effet, la notion de hiérarchie à laquelle fait appel l'utilisation des moyens et conclusions soulevés d'office est une hiérarchie matérielle qui fait varier la garantie des droits en fonction de leur nature. B. Genevois a déjà admis l'idée de cette hiérarchie au sein des libertés⁸⁵, G. Vedel aussi a reconnu que « *Le Conseil Constitutionnel paraît faire des libertés et des droits fondamentaux une catégorie de règles dont l'importance politico-juridique est telle que le juge constitutionnel (...) doit, d'office, s'il est nécessaire prononcer la censure de celle-ci.* ». C'est encore le cas de H. Roussillon⁸⁶.

Il nous paraît possible d'affirmer que dès lors que la question des droits fondamentaux est une question d'ordre public devant le Conseil Constitutionnel, tous ne revêtent pas le même caractère et la même valeur dans le contrôle.

⁸⁰ Exposé présenté lors de la visite au Conseil Constitutionnel, le 18 septembre 2001, d'un groupe d'universitaires britanniques.

⁸¹ Il existe des cas d'utilisation du principe d'égalité spécifiques comme le principe d'égalité devant la justice (soulevé d'office par la décision n°183 DC), égalité devant l'instruction (dans la décision n°450 DC) ou devant l'impôt (dans la décision n°555 DC).

⁸² Les cas de violation de l'article 8 de la DDHC et les différents droits pénaux garantis constitutionnellement atteignent 8% des cas de conclusions soulevées d'office. La violation de l'article 66 et de la liberté individuelle revient à 4% des cas soulevés d'office. Les droits de la défense à 1%, la légalité des délits et des peines 1%, la séparation des pouvoirs 1% etc. ...

⁸³ comme le reconnaît L. FAVOREU Intervention *Les libertés protégées par le Conseil Constitutionnel* au colloque des 20 et 21 janvier 1989 La Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil Constitutionnel Ed. S.T.H 1990 : «*La controverse a été tranchée par le Conseil Constitutionnel dans la décision du 16 janvier 1982 : Déclaration des droits de l'homme, préambule de 1946 et Constitution de 1958 sont placés à égalité puisqu'ils ont été confirmés ou adoptés par le peuple français par le référendum du 28 septembre 1958*»

⁸⁴ Parmi tant d'autres décisions utilisant le pouvoir d'office v. la décision n°127 DC qui utilise l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme, la décision n°129 DC utilise l'article 74 du texte de la constitution de 1958, la décision n°260 DC utilise le Principe fondamental reconnu par les lois de la République des droits de la défense, la décision n°450 DC utilise le principe d'égalité d'accès à l'instruction tiré du préambule de la Constitution de 1946.

⁸⁵ Il se rallie à la conception d'une hiérarchie matérielle, v. B. GENEVOIS, intervention au colloque *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*. PUF 1989 pp 65-66.

⁸⁶ H. ROUSSILLON utilise dans son ouvrage *le Conseil constitutionnel* (connaissance du droit Dalloz, 5^{ème} édition) une subdivision intitulée *Des libertés publiques de premier rang*.

On le voit donc au regard de l'utilisation des moyens et conclusions soulevés d'office⁸⁷, la notion d'ordre public permet d'expliquer les constantes d'utilisation, leur valeur et leur place au sein du contentieux constitutionnel. Certaines questions en effet, ne s'éloignent pas de la conception du moyen d'ordre public définie par R. Odent « *moyen relatif à une question d'importance telle que le juge méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a mission de faire respecter si la décision rendue n'en tenait pas compte.* »⁸⁸

Mais alors que les contours d'une définition s'affinent, reste à aborder la deuxième question posée par l'utilisation des moyens et conclusions soulevées d'office : leur limite et la question de l'immunité qu'elle permet d'accorder aux lois après l'examen du Conseil Constitutionnel.

II. Moyens et conclusions soulevés d'office : une technique d'élargissement du contrôle

Technique de contrôle ou d'émancipation, les moyens et conclusions soulevés d'office sont des techniques d'élargissement de la contestation qui permettent au Conseil Constitutionnel de faire varier l'étendue de son contrôle de l'infra à l'ultra voire à l'extra petita⁸⁹.

Y a-t-il des limites à la liberté du Conseil Constitutionnel ? L'ordre public constitutionnel et ses contours généraux ne permettent pas, on l'a vu, de circonscrire l'effet des moyens et conclusions soulevés d'office.

La question de la nature de la technique renvoie à l'étendue du contrôle sur la loi et doit notamment permettre de répondre à la question du contrôle indivisible de la loi ordinaire (A). Quelle est la signification du considérant final clôturant les décisions : « *Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution* » ? Existe-t-il un brevet de constitutionnalité accordé aux lois ordinaires ? (B)

A. Le Conseil Constitutionnel est-il saisi de la totalité de la loi ordinaire ? : la question de l'ultra-petita

Le Conseil constitutionnel peut-il se saisir de dispositions non-contestées tout en restant dans le cadre juridictionnel ? La réponse peut se trouver dans le contrôle intégral de la loi ordinaire (1) qui pose alors la question de la valeur des saisines (2).

1) Le Conseil Constitutionnel est-il obligatoirement saisi de la loi dans son entier ?

On le sait, toute juridiction est liée par le principe du *non ultra petita* qui interdit au juge de se prononcer au-delà de la demande qui lui est faite, ce principe a été mis en place comme une limite aux pouvoirs des juges de l'Ancien Régime.

Juridiction « particulière »⁹⁰ s'il en est, le Conseil Constitutionnel a donc soulevé des craintes quant au respect de ce principe qui faisait présager un retour en arrière vers les juges et leur fameux gouvernement.

Les théoriciens ont donc théorisé autour du caractère juridictionnel ou pas du Conseil.

⁸⁷ Seules les conclusions soulevées d'office sont comptabilisées dans les pourcentages.

⁸⁸ R. ODENT *Contentieux administratif* Les cours du droit, 1977-1978, pp. 1205-1206.

⁸⁹ G. LEBRETON *Les particularités de la juridiction constitutionnelle*, RDP 1983

⁹⁰ G. DRAGO *Contentieux Constitutionnel, contentieux d'ordre public par nature*, op. cit.

Les uns, partisans d'une juridiction de type politique, les autres, d'une assemblée de sages, les moyens et conclusions soulevés d'office ont les premiers fait douter de la qualification de juridiction de type ordinaire pour le Conseil Constitutionnel.

Pour autant, une conception particulière de la juridiction est à l'œuvre dans la notion de juridiction gracieuse.

En effet, le pouvoir d'une juridiction⁹¹ ne se base pas obligatoirement sur le critère de la contestation⁹². À titre d'exemple, le Tribunal des Conflits ou encore la Cour des Comptes qui n'ont pas pour mission de régler un litige ne se voient pas contester le caractère de juridiction.

En droit constitutionnel, on fait appel à des « procureurs de la Constitution »⁹³, non à des parties, à une cause unique et à un objet large qui permettent d'affirmer que le Conseil Constitutionnel s'éloigne de la juridiction contentieuse.

Si l'on retient les critères retenus par le professeur M. Waline⁹⁴ pour définir un acte juridictionnel: Autorité de chose jugée des décisions (critère formel), question de droit à trancher (critère matériel), alors le Conseil Constitutionnel est bien une juridiction. Cette démonstration suppose de reconnaître comme facultatif le troisième critère dégagé en doctrine, celui de la contestation entre deux parties opposées qui n'est pas à l'œuvre dans le contentieux objectif et d'ordre public qu'est le contentieux constitutionnel.

On peut considérer avec M. Waline que le Conseil Constitutionnel, dans le cadre de son contrôle de la loi ordinaire, est une juridiction non contentieuse.

Si donc le Conseil Constitutionnel est une juridiction, se pose la question de sa soumission à la règle juridictionnelle du *non ultra petita*. A première vue cette règle est violée par l'existence même des conclusions soulevées d'office, sauf à considérer qu'entre dans les caractéristiques du contrôle de la loi ordinaire, le contrôle intégral.

Au commencement, il est important, en bon exégète, de regarder ce qu'en disent les textes. Pour n'en citer qu'un seul, l'article 61 alinéa 2 de la Constitution prescrit que le Conseil Constitutionnel exerce un contrôle de conformité de la loi à la Constitution « aux mêmes fins » que celui énoncé à l'alinéa précédent qui dispose que : « *Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.* »

En premier lieu il résulte de l'article 61 alinéa 1 de la Constitution que les lois organiques, les règlements des Assemblées et les propositions de référendum d'initiative populaire, ne peuvent pas être promulgués avant un contrôle du Conseil Constitutionnel.

Le contrôle facultatif tire sa valeur de la seule saisine déclenchant le contrôle du Conseil Constitutionnel, ce qui n'est pas le cas du contrôle de l'article 61 alinéa 1 qui dépend d'une obligation constitutionnelle pour la validité de la loi organique, de la résolution ou de la proposition de référendum.

Deuxième différence fondamentale, le contrôle obligatoire ne se base sur aucune critique de constitutionnalité. Lors du contrôle facultatif, le Conseil Constitutionnel se base en premier lieu sur les arguments des saisissants qui balisent le cadre de l'instance, les moyens et conclusions soulevés d'office étant un moyen de palier cette carence fondamentale basée sur la subjectivité politique des requérants.

⁹¹ Du latin *juris dictio* qui signifie dire le droit.

⁹² V. la démonstration de P. JAN in *La saisine du Conseil Constitutionnel*, LGDJ, 1999

⁹³ expression dégagée par L.FAVOREU

⁹⁴ Préface aux *Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel* op. cit.

La logique du contrôle de la loi organique commande à l'inverse que le Conseil Constitutionnel soit obligatoirement saisi de la totalité du texte. Dans ce cadre, le Conseil, saisi obligatoirement du texte dans son entier, ne peut pas violer la règle du *non ultra petita*.

Les moyens et conclusions soulevés d'office ne sont pas utilisés lors du contrôle obligatoire, sauf à considérer que toute la décision est basée sur l'utilisation de la technique puisque chaque grief soulevé par le Conseil l'est de sa propre initiative, à l'instar de la conclusion soulevée d'office dans le contentieux de la loi ordinaire.

La logique du contentieux des lois est-elle si différente ?

Le terme « aux mêmes fins » de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution pourrait justifier que le Conseil Constitutionnel soit saisi de la loi ordinaire dans son entier⁹⁵.

Au regard des décisions du Conseil Constitutionnel le doute s'est formé autour du fameux considérant final de la décision n° 60-8 DC du 11 août 1960 dite *redevance radio télévision* qui faisait état de l'article contesté en conclusion de la décision.

Deux conceptions se sont opposées :

- celle de M. Waline⁹⁶ qui analysait ce considérant comme signifiant qu'à l'instar de toute juridiction le Conseil Constitutionnel ne dépassait pas le cadre de la demande et se considérait saisi du seul article 18 contesté dans la lettre de saisine déférée par le Premier ministre.

Cette conception prévalut un temps.

- Pourtant, L. Hamon⁹⁷ avait vu en ce considérant une formule signifiant tout au contraire qu'il se considérait obligatoirement saisi de la totalité de la loi ordinaire.

La jurisprudence devait lui donner raison, en effet, le Conseil Constitutionnel a conclu la décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971 par « *les autres dispositions de ce texte ne sont contraires à aucune disposition de la Constitution.* ».

Le dispositif de la décision et des décisions suivantes, faisant état de la conformité des autres dispositions de la loi, a confirmé que le Conseil Constitutionnel s'estimait saisi de la totalité de la loi ordinaire, ce qui paraît être l'avis de l'ancien secrétaire général du Conseil Constitutionnel O. Schrameck : « *Ainsi qu'il a été très souvent souligné, le Conseil Constitutionnel est saisi de toute la loi, il peut donc soulever certains moyens d'office et il peut aussi soulever d'office l'inconstitutionnalité de certaines dispositions même s'il se garde de le faire systématiquement* »⁹⁸.

Le Conseil constitutionnel a répondu à la question du contrôle intégral par la décision n°96-386 DC⁹⁹ par laquelle il a interprété l'article 61 alinéa 2 de la Constitution comme ne liant pas le Conseil Constitutionnel par les termes de la saisine : « *que l'effet de cette saisine est de mettre en oeuvre, avant la clôture de la procédure législative, la vérification par le Conseil Constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déférée y compris de celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine* ».

P. Jan tire comme conclusion de cette décision que : « *L'intégralité du contrôle n'est donc pas une possibilité que se réserve le juge mais un devoir que lui impose la Constitution* ».

Ce contrôle intégral commande alors l'existence du pouvoir d'office.

Si le Conseil constitutionnel contrôle la loi dans son ensemble, il peut de sa propre autorité relever les dispositions inconstitutionnelles : « *L'affirmation du contrôle indivisible de la loi conduit à considérer que le juge ne statue pas ultra petita. Les termes de la requête ne lient*

⁹⁵ B. GENEVOIS *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel est-elle imprévisible ?*, op. cit.

⁹⁶ Préface aux *Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel* op. cit.

⁹⁷ M. WALINE Commentaire sous la décision 60-8 RDP 1960 p.1020

⁹⁸ O. SCHRAMECK intervention au colloque *20ans de saisine parlementaire du Conseil Constitutionnel* op. cit.

⁹⁹ Décision n° 96-386 DC du 30 décembre 1996 *Loi de finances rectificative pour 1996*

pas les juges. Dès lors, il entre dans la mission constitutionnelle du juge de soulever de sa propre initiative toute disposition qu'il suspecte d'inconstitutionnalité ou tout moyen susceptible d'entraîner une invalidation »¹⁰⁰.

Il nous est dès lors permis de penser avec L. Philip que « *Lorsque le Conseil Constitutionnel est saisi, il est saisi d'une loi. Donc de la totalité de la loi* »¹⁰¹.

Cela se traduit notamment par la formulation du premier considérant des décisions, « *Saisi (...) du texte de la loi de finances pour 1976 telle qu'elle a été adoptée par le Parlement et notamment, des articles 41-III et 47 de ladite loi.* »¹⁰²

2) *La question de la valeur des saisines.*

On l'a vu, dans un contrôle jusqu'à présent *a priori*, la saisine était le pivot du contrôle de constitutionnalité des lois.

Dans les textes et dans la théorie, rien n'impose aux saisines d'être motivées juridiquement¹⁰³, d'ailleurs la saisine sur la loi liberté d'association par le Président du Sénat portait la simple mention « *Je demande au Conseil de vouloir se prononcer sur la conformité de ce texte à la Constitution* »¹⁰⁴.

Restait à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel à répondre à cette question.

Le Conseil Constitutionnel a, à plusieurs reprises, admis des recours non motivés. D'abord pour les cas particuliers de saisines du Premier ministre pour sa majorité, cherchant seulement « *un label de constitutionnalité* »¹⁰⁵ pour les lois entrant dans le cadre de son programme.

Le Conseil Constitutionnel a accepté de donner droit à une saisine non motivée en précisant : « *qu'il appartient au Conseil constitutionnel de relever toute disposition de la loi déferée qui méconnaîtrait des règles ou principes de valeur constitutionnelle.* »¹⁰⁶

On le voit, les saisines non motivées ont donc permis de confirmer l'idée d'un contrôle intégral de la loi déferée, le Conseil Constitutionnel aurait en effet pu en refuser le contrôle.

La jurisprudence 92-307 DC¹⁰⁷ qui a précédé de peu la décision 96-386 DC¹⁰⁸ a affirmé le principe du contrôle indivisible de la loi ordinaire : « *Considérant que si, aux termes de sa lettre du 25 janvier 1992, le Premier ministre a demandé au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution "de l'article 8 de la loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée", cette précision n'affecte pas la possibilité pour le Conseil constitutionnel de faire porter son contrôle sur les autres dispositions de la loi et d'en tirer toute conséquence de droit* ».

¹⁰⁰ P. JAN in *Le Procès constitutionnel*, op. cit.

¹⁰¹ Lors de la discussion au colloque *20 ans de saisine parlementaire du Conseil Constitutionnel*, op. cit.

¹⁰² Décision n°75-60 DC

¹⁰³ Idée de P. JAN in *La saisine du Conseil Constitutionnel* op. cit. : « *Pas plus qu'en matière de contrôle obligatoire, la motivation n'est requise pour le contrôle des lois ordinaires, le juge examinant la totalité des dispositions soumises ou déférées à son jugement* ».

¹⁰⁴ D. MAUS *Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la cinquième république*, la documentation française, Paris, 1988.

¹⁰⁵ P. JAN in *La saisine du Conseil Constitutionnel* : « *le développement des recours vierges est inévitable lorsque l'initiative en revient au Premier Ministre qui recherche généralement un label de constitutionnalité* »

¹⁰⁶ Décisions n°95-362 et 361 DC.

¹⁰⁷ Décision 92-307 DC du 25 février 1992 *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers*

¹⁰⁸ Références précitées.

On dénombre six cas de saisines non motivées par le Premier Ministre¹⁰⁹ ; pour les cas de contrôle parlementaire c'est un fait rarissime puisqu'on n'en dénombre que deux cas¹¹⁰.

La motivation bien que juridiquement inutile a des retombées politiques importantes. Dans une étude sur *le Conseil Constitutionnel vu du Parlement*¹¹¹, 51% des parlementaires considèrent la saisine du Conseil constitutionnel comme la suite du processus législatif, 39% des parlementaires saisissent par mouvement de groupe. On le voit, la saisine est un geste politique.

L'objectivité du droit est un principe qui laisse le plus souvent place à des tractations politiques puisque la discussion devant le Conseil Constitutionnel constitue l'ultime recours contre la promulgation de la loi.

Mais alors si la saisine est un acte motivé pour des raisons politiques, le Conseil Constitutionnel peut-il se permettre d'invalider les dispositions en toute liberté ? On recense certains cas de conclusions soulevées d'office dont les requérants avaient soigneusement évité la contestation. On citera, à titre topique, le cas de la grande décision dite *Quota par sexe* ainsi que toutes celles qui sont prises sur ce fondement¹¹². En règle générale « *Les saisissants saisissent lorsqu'ils savent exactement ce qu'ils veulent et estiment, à tort ou à raison, avoir une chance de l'obtenir, le doute les pousserait plutôt à l'abstention.* »¹¹³

La fonction de la saisine paraît avoir évolué avec les années dans la conception des acteurs de la saisine. « *Simple déclencheur du contrôle* »¹¹⁴, il semblerait que l'acte de saisir, doublé de l'utilisation de la technique du moyen et de la conclusion soulevé d'office, soit vu par les parlementaires comme une voie très opportune pour contester par voie d'autorité des dispositions qu'un mouvement de groupe ne permettrait pas de contester explicitement, ainsi le reconnaît P. Mazeaud, « *ces parlementaires espéraient que le Conseil Constitutionnel, ainsi saisi d'office, soulèverait l'incompatibilité, l'inconstitutionnalité d'une autre disposition que les parlementaires ne voulaient pas attaquer.* »¹¹⁵

On peut trouver des phrases révélant l'acceptation du pouvoir d'office du Conseil Constitutionnel dans les lettres de saisine, ainsi en est-il de la lettre de saisine de la décision n°98-402 DC¹¹⁶ : « *Pour ces motifs et pour tout autre que les auteurs de la présente saisine se réservent d'invoquer et de développer, il sera demandé au Conseil constitutionnel de déclarer non conforme à la Constitution la loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* » Ou encore, les lettres de saisines de la décision n°98-397 DC : « *Les sénateurs soussignés ont l'honneur de déférer au Conseil Constitutionnel la loi relative au fonctionnement des conseils régionaux, et notamment ses articles 1^{er}.* »

Encore faut-il citer la formulation d'une des dernières lettres de saisine en date¹¹⁷ : « *Monsieur le Président, mesdames et messieurs les membres du Conseil Constitutionnel,*

¹⁰⁹ C'est le cas des décisions n°89-271 DC, 92-307 DC, 95-362 DC et 361 DC, 95-363 DC, 96-374 DC, 99-409 DC par exemple.

¹¹⁰ Pour les décisions n°86-211 DC et n°95-360 DC.

¹¹¹ P. JAN, J-P ROY *Le Conseil Constitutionnel vu du Parlement* Ellipses 1997.

¹¹² Décision n°82-186 DC, n°99-410 DC, n° 2006-533 DC, pour ce dernier cas, les saisissants contestaient un défaut de procédure dans l'adoption du texte, le conseil s'est saisi d'office des titres III et IV de la loi pour les invalider ou les interpréter de manière conforme au bénéfice du respect du principe d'égalité en prescrivant les quotas de parité.

¹¹³ Intervention de G. CARCASSONE au colloque *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel* Economica P.U.A.M.

¹¹⁴ G. DRAGO *Contentieux constitutionnel*, op. cit.

¹¹⁵ Lors de la discussion au colloque *30 ans de saisine parlementaire du Conseil Constitutionnel* op. cit.

¹¹⁶ Références précitées.

¹¹⁷ Décision n°2008-567 DC

nous avons l'honneur de déférer à votre examen, en application de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, l'ensemble de la loi relative aux contrats de partenariat adoptée par le Parlement le 9 juillet 2008. Sont plus particulièrement visés les articles 2, 8, 10, 14, 18, 19, 26, 28, 33 et 45 de ce texte. »

Enfin, le déclenchement du contrôle par l'acte de saisine révèle le caractère objectif du contrôle.

La décision n°96-386 DC¹¹⁸ en est un exemple topique. Le Conseil Constitutionnel a refusé le désistement d'un signataire de la saisine. Une fois saisi, le Conseil constitutionnel doit accomplir son contrôle, l'acte de saisine se détachant des auteurs pour le respect de la constitutionnalité¹¹⁹.

De la même manière, le contrôle objectif et intégral de la loi ordinaire a été révélé par la décision n°2001-449 DC¹²⁰ par laquelle le Conseil Constitutionnel a été saisi deux fois de la même loi. Les deux saisines étaient, sur un plan purement procédural, recevables puisque présentées par 60 signataires dans le délai de promulgation.

Pour autant, le Conseil Constitutionnel n'a pas opéré de réexamen au bénéfice de la chose jugée de la première décision¹²¹. La deuxième saisine développait pourtant des conclusions différentes de celles qui avaient été développées auparavant. Cette décision démontre que le Conseil Constitutionnel, s'estimant saisi de l'intégralité de la loi ordinaire, n'a pas opéré de second contrôle sur une loi entièrement jugée au bénéfice de la formulation du considérant balai voire même du brevet de constitutionnalité accordé aux lois ordinaires.

On peut conclure nos observations par le mot de G. Vedel : « *La saisine est une procédure par laquelle il est demandé à l'organisme chargé de contrôler la constitutionnalité de la loi, d'examiner la loi dans son ensemble, dans sa totalité, même dans ses parties contre lesquelles la saisine n'élève aucun grief.* »¹²²

B. La signification du « considérant balai » : la question du « brevet de constitutionnalité »

La question de l'étendue du contrôle du Conseil Constitutionnel sur la loi ordinaire a donc été révélée par la technique des moyens et conclusions soulevés d'office. Leurs conséquences se sont étendues à un autre problème, celui de la signification du contrôle intégral sur la déclaration d'inconstitutionnalité.

Chacune des décisions du Conseil Constitutionnel se termine par un considérant final dit considérant balai. Signifie-t-il que le Conseil Constitutionnel a examiné la totalité de la loi qui est dès lors conforme ou qu'au contraire, le Conseil Constitutionnel n'entend pas se lier pour l'avenir ? (1). Existe-t-il un brevet de conformité accordé à la loi ordinaire ? (2).

1) Les controverses sur la signification du considérant balai.

¹¹⁸ Références précitées.

¹¹⁹ « *Que l'effet de cette saisine est de mettre en oeuvre, avant la clôture de la procédure législative, la vérification par le Conseil constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déférée y compris de celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine.* »

¹²⁰ Décision n°2001-449 DC du 4 juillet 2001 *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.*

¹²¹ « *Que le Conseil constitutionnel s'est prononcé, en application du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, sur ladite loi par sa décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001.* »

¹²² Intervention de G. VEDEL au colloque *20 ans de saisine parlementaire du Conseil Constitutionnel*, op. cit.

On l'a vu¹²³, le premier considérant balai d'une décision portant sur une loi ordinaire avait prêté à controverse, il est utile d'en rappeler les termes : « 5. *Considérant qu'en l'espèce, il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi dont il est saisi par le Premier ministre aux fins d'examen de ses articles 17 et 18* »¹²⁴.

Le Conseil Constitutionnel précise qu'il ne soulèvera pas de question de conformité quant au reste de la loi déferée.

Pour autant, cela signifie-t-il qu'il s'est refusé à contrôler ses dispositions ou plutôt qu'après examen elles ne soulèvent pas de problème de constitutionnalité ?

La seconde décision rendue sur une loi ordinaire, la décision n°60-11 DC¹²⁵ semble signifier que le Conseil Constitutionnel s'estime saisi de la totalité de la loi ordinaire. Le Conseil termine la décision par ce considérant : « 5. *Considérant qu'en l'espèce, il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise par le Premier ministre à son examen* », le Conseil semble prêt à soulever toute question de conformité à la Constitution.

Dès la prochaine décision de conformité, le Conseil Constitutionnel a adopté une formulation quasiment définitive du considérant balai qui évoluera à partir de la réforme de 1974 en ne mentionnant plus l'autorité de saisine¹²⁶.

Depuis la décision n°84-128¹²⁷, le Conseil Constitutionnel a adopté une subdivision dans la décision qui clarifiait la place du considérant balai et sa signification en clôturant la décision par une subdivision intitulée « *sur les autres dispositions de la loi* ». Il paraissait alors clair que le Conseil Constitutionnel examinait la totalité de la loi ordinaire déferée et qu'il pouvait soulever d'office toute disposition ou rédiger un considérant balai qui signifiait que rien ne justifiait l'exercice de ce pouvoir d'office en l'espèce.

La dernière formulation du balai est courte : « *Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution* »¹²⁸.

Mais alors que signifient les termes de ce considérant balai ?

N'y a-t-il pas lieu de soulever d'office parce que la loi est conforme ou au contraire, parce que la loi n'a pas été examinée suffisamment en profondeur ?

Les avis en doctrine n'ont pas toujours été convergents.

Si l'on en croit les services du Conseil par le biais d'un article relatif à la portée des décisions¹²⁹ : « *Le pouvoir d'évocation d'office du Conseil est fonction de l'ampleur du texte, de ses difficultés techniques, de l'encombrement du rôle, de la gravité des questions éludées ou de l'opportunité pédagogique appréciée souverainement par le Conseil, de relever d'office telle ou telle question* ».

Il nous paraît possible de conclure que le considérant balai est la signification d'un contrôle intégral de la loi ordinaire ayant pour conséquence la possible utilisation du pouvoir

¹²³ Développements ci-dessous

¹²⁴ Décision n°60-8 DC du 11 Août 1960 précitée.

¹²⁵ Décision n°60-11 DC du 20 janvier 1961 *Loi relative aux assurances maladie, invalidité et maternité des exploitants agricoles et des membres non salariés de leur famille*.

¹²⁶ Décision n°68-35 DC « *Considérant, enfin, qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise par le Premier ministre à son examen* ».

¹²⁷ Décision n°80-128 DC du 21 janvier 1981 *Loi relative au travail à temps partiel*

¹²⁸ Décision n°2008-567 DC *loi relative aux contrats de partenariat*.

¹²⁹ « *La portée des décisions du Conseil Constitutionnel juge de la constitutionnalité des lois et des traités* » Services du Conseil Constitutionnel.

d'office du Conseil Constitutionnel. Toutefois, si le pouvoir d'office n'a pas été utilisé, la constitutionnalité des articles non examinés expressément ne peut être présumée. Retenons avec B. Genevois que le juge ne souhaite pas avoir à fermer les yeux sur une inconstitutionnalité flagrante contenue dans une loi déferée au motif que les auteurs ne l'ont pas déféré et que le considérant balai ne fait que rappeler l'existence de cette possibilité¹³⁰.

En somme le balai est la preuve que le contrôle est élargi à toute question, il n'est ni une conclusion ni un moyen d'office, mais « *une menace de le faire* »¹³¹ en raison de l'expression « *en l'espèce* » se retrouvant dans chaque formulation.

2) *Le « brevet de constitutionnalité ».*

La question fondamentale posée par la formulation du balai est de savoir si un « brevet de conformité » est accordé à la loi ordinaire.

Les évolutions du considérant balai ont fait passer la doctrine d'un courant à un autre mais ce sont surtout les évolutions du dispositif des décisions qui ont fait douter de la portée d'une décision.

Au départ, le Conseil Constitutionnel accordait une conformité totale aux dispositions non examinées par la saisine par le biais de la mention faite dans un article du dispositif des dispositions examinées, déclarées contraires ou formulées sous réserves, et d'un second article réservé à la confirmation de la conformité des dispositions non examinées¹³².

Au fil de la jurisprudence, le terme « conformité » qui semblait accorder aux dispositions de la loi une certaine immunité a été abandonné au profit de l'expression « non-contrariété »¹³³ plus incertaine.

Dès le départ, la conformité des autres dispositions de la décision, bien que présumée n'était pas irréfragable. Cette constatation a été confirmée par la décision n°87-239 DC¹³⁴ relative aux lois de finances. Le Conseil Constitutionnel n'avait pas consacré d'articles du dispositif aux autres dispositions de la loi ordinaire. Fait marquant, il n'avait pas non plus fait mention des dispositions expressément examinées mais rejetées : « *Article premier : L'article 13 de la loi de finances rectificative pour 1987 est déclaré contraire à la Constitution.* »

En effet, le pouvoir d'office et le contrôle intégral suppose une attention que la réalité du contrôle ne permet pas toujours au Conseil Constitutionnel d'adopter quant à des lois d'une particulière longueur ou technicité : c'est le cas des lois de finances. La présence de *cavaliers* et le court délai imparti au Conseil en matière financière ont fait apparaître les ambiguïtés et les conséquences du contrôle intégral.

Cette jurisprudence confirme la démarche du Conseil Constitutionnel qui souhaite préserver la sécurité juridique en n'accordant pas de conformité systématique à des dispositions qui n'auraient pas fait l'objet d'un examen approfondi et dont le législateur aurait pu se prévaloir à tort¹³⁵.

¹³⁰ B. GENEVOIS *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel est-elle imprévisible ?* op. cit.

¹³¹ Th. RENOUX, *Techniques juridictionnelles et procédurales*, AIJC, 1985

¹³² « *Article premier : Sont déclarées non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant les dispositions de l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901 ainsi que les dispositions de l'article 1er de la loi soumise au Conseil leur faisant référence. Article 2 : Les autres dispositions dudit texte de loi sont déclarées conformes à la Constitution.* »

¹³³ Décision n°75-60 DC *Loi de finance pour 1976*

¹³⁴ Décision n°87-239 DC du 30 décembre 1987. *Loi de finances rectificative pour 1987*

¹³⁵ Le Conseil Constitutionnel a confirmé la décision de 1987 à l'occasion de la décision n°330 DC « *Article premier : Les articles 28, 55, 95, 105, 109 et 111, premier alinéa, de la loi de finances ne sont pas contraires à la Constitution* »

Cette attitude peut paraître critiquable puisqu'elle ne garantit pas l'immunité juridique de la loi après examen pourtant intégral de ses dispositions. Pourquoi l'avoir étendue à tous les types de lois et l'avoir généralisée ? Le Conseil Constitutionnel est-il contraint par le délai de saisine trop court, se ménage-t-il la possibilité d'un revirement de jurisprudence¹³⁶, la possibilité d'une erreur, d'un oubli¹³⁷; aucune explication unanimement tangible n'a pu être avancée en doctrine.

Certains auteurs ont même vivement critiqué le fait de ne pas accorder de brevet de constitutionnalité à la loi ordinaire : « *La cohérence veut que, si le Conseil se reconnaît le droit de considérer que la loi qui lui est déférée dans sa totalité, et qu'il doit au besoin recourir à un examen d'office non seulement d'argumentations mais de mises en cause d'articles déterminés – il ne peut pas, quand il a terminé son examen, dire : je n'ai rien trouvé pour le moment, mais je me réserve pour l'avenir.* »¹³⁸

D'autres, plus modérés, ne considèrent pas que l'autorité de chose jugée accordée à la décision et par son biais l'immunité accordée à la loi, puisse être sélective: « *Qu'il veuille dire par là qu'il n'a procédé à une étude approfondie que des questions soulevées dans la requête et qu'un examen rapide du reste de la loi n'a pas fait surgir d'irrégularité devant être sanctionnées d'office, ne change rien, en l'état actuel des choses, au fait que dès lors qu'il s'autorise un examen de ce dont il n'est pas saisi, il décerne une attestation de constitutionnalité à tout ce qui sera promulgué.* »¹³⁹

Pour autant, il apparaît qu'accorder un brevet de constitutionnalité accordé à la loi ordinaire dans le cadre des dispositions non examinées est tout aussi risqué : « *Malgré les questions de la doctrine, la rédaction du balai semble interdire toute interprétation large qui consisterait à délivrer un label de constitutionnalité à l'ensemble de la loi. Même entier, le contrôle opéré sur la loi ne saurait justifier une présomption de constitutionnalité irréfragable* »¹⁴⁰ ou encore « *Prendre le parti de ce non possumus c'est faire prévaloir des considérations pratiques sur des questions de principe. Mais faire l'inverse ne serait-ce pas enfreindre un principe non moins éminent : le principe de réalité ?* »¹⁴¹.

Ce paradoxe existant entre l'étendue du contrôle à la totalité de la loi et l'absence de délivrance d'un brevet irréfragable de constitutionnalité à toutes ses dispositions est la résultante de la conciliation difficile entre la réalité d'un contrôle jusqu'alors contraint dans un contexte restreint et le respect objectif de la constitutionnalité.

La position reste délicate et comme le prévoyait déjà G. Vedel en 1989 : « *Le Conseil Constitutionnel bascule entre Charybde et Scylla. Il ne peut pas écrire que ces dispositions sont contraires à la Constitution puisqu'il ne les censure pas mais il lui est difficile d'attacher une valeur irréfragable à ce défaut de censure qui a sa source dans l'absence de contestation*»¹⁴².

Rappelons que : « *Lorsque le contrôle de constitutionnalité est, comme en France, a priori, non systématique et exclusif du Conseil Constitutionnel, la théorie du brevet de*

¹³⁶ Th. DI MANNO *Les revirements de jurisprudence du Conseil Constitutionnel* in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°23.

¹³⁷ P. MAZEAUD *L'erreur en droit constitutionnel* 2006.

¹³⁸ Intervention de G.VEDEL discussion au colloque *Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat*, op. cit.

¹³⁹ J. MEUNIER *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel, essai d'analyse stratégique*, op. cit.

¹⁴⁰ P. JAN, *Le procès constitutionnel* op. cit.

¹⁴¹ *La portée des décisions du Conseil Constitutionnel juge de la constitutionnalité des lois et les traités services* du Conseil Constitutionnel.

¹⁴² G. VEDEL, *Doctrine et jurisprudence constitutionnelles*, RDP 1989

conformité de la loi à la Constitution est utile à l'esprit juridique qui fuit les lacunes »¹⁴³ au moins jusqu'à ce que la réforme Constitutionnelle ne change la donne.

Nous terminerons par deux remarques.

D'abord le cas de la jurisprudence dite *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie* par laquelle le Conseil Constitutionnel s'est reconnu la possibilité de statuer sur une loi après promulgation dans le cas de lois modificatives¹⁴⁴.

Le premier cas d'application de cette jurisprudence avait révélé que « *les dispositions non expressément déclarées conformes dans le dispositif ne sont pas pour autant bénies par le Conseil Constitutionnel* »¹⁴⁵, en effet, le Conseil avait déclaré inconstitutionnelle une disposition qui avait été comprise dans le considérant balai antérieur¹⁴⁶.

C'est d'ailleurs à partir des années 1985 que le dispositif est devenu plus lacunaire.

Certains auteurs ont vu dans l'absence de brevet de constitutionnalité délivré à la loi ordinaire la conséquence de la volonté pour le Conseil Constitutionnel de préparer la mise en place de la question préjudicielle de constitutionnalité¹⁴⁷.

Aujourd'hui, après adoption définitive du projet de loi constitutionnelle la mettant en place, certaines questions restent ouvertes.

A quelles dispositions s'attache l'autorité de chose jugée des décisions ?

Les dispositions non expressément examinées des lois ayant fait l'objet d'un examen de conformité avant promulgation pourront-elle être contestées par la voie de la question préjudicielle ?

L'utilisation du pouvoir d'office dans le cadre du contrôle *a priori* restera-t-elle inchangée ?

Une chose est sûre, la question préjudicielle permettra d'asseoir la légitimité du juge. Le gardien constitutionnel a enfin trouvé son gardien en accord avec la conception première de la démocratie *exercice du pouvoir pour le peuple et par le peuple* : le citoyen.

¹⁴³ V. BAQUET-BREHANT « *L'article 62 alinéa 2 de La Constitution du 4 Octobre 1958 - Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel* » op. cit.

¹⁴⁴ Décision n°85-187 DC *Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie* «10. Considérant que, si la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi ; que, dès lors, les moyens développés par les auteurs de saisines ne peuvent être accueillis.»

¹⁴⁵ *La Portée des décisions du Conseil constitutionnel juge de la constitutionnalité de la loi et des traités*, Services du Conseil Constitutionnel op. cit.

¹⁴⁶ Décision n°99-410 DC *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*.

¹⁴⁷ G. DRAGO *Contentieux Constitutionnel* op. cit. Notons que la question préjudicielle de constitutionnalité est en discussion depuis 1993, date à laquelle le caractère incomplet du dispositif s'est confirmé.