

Les lois non déférées au contrôle de constitutionnalité *a priori*

Jean-François Kerléo*

Citer cet article : Jean-François KERLEO, « Les lois non déférées au contrôle de constitutionnalité *a priori* », Revue générale du droit (www.revuegeneraledudroit.eu), Articles et commentaires, 2014, numéro 3.

* Maître de conférences en droit public à l'Université Lyon III

Consacrer une étude aux lois ordinaires non déférées au Conseil constitutionnel dans le cadre d'un contrôle *a priori* de constitutionnalité se présente de prime abord comme un non-sujet. En faveur de cette première impression, on constate d'ailleurs que l'absence de transmission n'est jamais évoquée par la doctrine, ni d'ailleurs par le Conseil constitutionnel dans ses différents textes. Tout au plus peut-on voir exprimés quelques regrets, voire des désapprobations de la doctrine, lorsque le Conseil constitutionnel n'est pas saisi d'une loi pour laquelle on soupçonne des inconstitutionnalités.

Le contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois s'exerce comme à l'origine de manière facultative, ce qui se justifierait dorénavant par la création de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) compensant l'absence de saisine par les autorités compétentes des lois non promulguées. En ce sens, le contrôle *a posteriori* compléterait celui exercé *a priori*, contrecarrant un éventuel accord entre les autorités de saisine pour ne pas déférer la loi votée. Si cette justification n'est pas la plus évoquée, la QPC se fonde sur la méfiance envers la capacité du législateur à protéger les droits fondamentaux. Mais, ne concernant que les droits et libertés constitutionnellement garantis, la QPC ne recouvre pas l'intégralité des moyens du contrôle *a priori*, et ne peut être soulevée qu'à l'occasion d'un litige, exigeant la mobilisation d'un droit subjectif du justiciable. Or, d'autres hypothèses d'inconstitutionnalité, relevant d'un droit objectif, touchent les lois de finances ou les lois sur la Défense nationale.

Le caractère facultatif du contrôle de constitutionnalité, soumis à la mise en œuvre du « pouvoir discrétionnaire des auteurs des saisines »¹, ne permet pas d'assurer le respect absolu de la Constitution par l'ensemble des lois votées, dès lors que toutes ne sont pas nécessairement déférées au Conseil constitutionnel. L'ordonnancement juridique français est

¹ B. Genevois, « Six constitutionnalistes répondent à six questions concernant le Conseil constitutionnel », RDP, 2002, p. 524

donc susceptible de contenir des lois inconstitutionnelles². La saisine du Conseil dépend donc d'une « stratégie politique »³ qui échappe en grande partie aux citoyens. La marque éminemment politique qui frappe cette saisine ne garantit pas la constitutionnalisation de l'action politique.

Le caractère facultatif du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires n'a jamais été mis en question, et semble aujourd'hui avoir valeur de dogme⁴. Plusieurs raisons motivent cet impensé du droit constitutionnel français et, au tout premier chef, le culte de la loi « expression de la volonté générale »⁵, qu'une saisine obligatoire remettrait en cause. Le légicentrisme repose sur l'idée que le Parlement doit être l'auteur de la loi, même si la fabrique du droit a depuis longtemps migré vers les bureaux administratifs. Jean Foyer, ancien président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, déclarait non sans raison à la fin des années 1980 : « Il y a en France deux assemblées chargées de faire la loi : le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel »⁶. Le contrôle de constitutionnalité des lois est encore assez critiqué dans ses différentes formes⁷. La théorie réaliste de l'interprétation, développée par le Professeur Michel Troper, a prolongé cette critique initiale du Conseil, qualifié de coauteur de la loi, sous

² Le problème est identique pour les conventions ou traités internationaux une fois ratifiés (L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel et le Droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 23, 1977. pp. 95-125).

³ D. Rousseau, E. Spitz, « Le crépuscule du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 16 décembre 2001.

⁴ En revanche, lors de la rédaction de la Constitution de 1958, les débats ont porté sur le caractère du contrôle opéré par le Conseil sur les lois organiques et les règlements des Assemblées, ce contrôle étant au préalable un avis consultatif avant de devenir obligatoire (L. Philip, « Le Conseil constitutionnel », in *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, PUAM, 1992, p. 467).

⁵ J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, rééd. Numilog, 2000, p. 69; DDHC, art. 6.

⁶ Propos rapporté par le professeur Yves Gaudemet au colloque *Conseil d'État et Conseil constitutionnel*, LGDJ-Montchrestien, 1988, p. 87. Voir aussi G. Drago, « Fonctions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dans la confection de la loi », R. Drago (dir.), *La Confection de la loi*, PUF, 2005.

⁷ J. Foyer, « Pour la suppression du Conseil constitutionnel », *Revue Administrative*, janv.-fév. 1998, p. 97 ; V. Champeil-Desplats, « À quoi sert encore le Conseil constitutionnel ? », *Plein droit* n° 76, mars 2008 ; G. Tusseau, « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs* n° 137, avril 2011 ;

l'angle démocratique, en le présentant comme l'interprète authentique et, *in fine*, le véritable producteur de droit ⁸.

Pour autant, l'obligatorité du contrôle de constitutionnalité ne serait pas satisfaisant dès lors qu'elle transformerait le Conseil, qui reste critiquable en vertu de sa composition et de la procédure de nomination de ses membres ⁹, en troisième chambre parlementaire, bouleversant ainsi tous les présupposés du régime représentatif (élection des représentants, séparation des pouvoirs, etc.). Une telle perspective rendrait pratiquement inutile le contrôle *a posteriori* de la loi. Mais, aussi restreint soit-il, un bloc législatif reste intouchable, et se maintient en dépit de la QPC, en raison du caractère facultatif de la saisine *a priori*. Ce trou de souris législatif reste donc le privilège de la Raison d'État.

L'objectif du présent travail ne consiste pas en l'établissement d'un tableau de statistiques évoquant l'évolution du rapport entre loi promulguée et loi transmise au Conseil constitutionnel ¹⁰. Tout d'abord, l'évolution du taux de saisines vis-à-vis du nombre de lois adoptées ne permettrait pas de tirer de conclusions rationnelles et invariables, dans la mesure où la saisine du Conseil constitutionnel est surtout déterminée par des aléas politiques ponctuels. Ensuite, la comparaison entre les périodes courant de 1958 à 1971 (date de la décision dite *Liberté d'association*), puis de 1971 à 2010 où le Conseil constitutionnel s'est transformé en gardien des libertés fondamentales, et enfin de 2010 à aujourd'hui, n'aurait aucun sens en raison des métamorphoses successives du Conseil, et de l'apparition de la QPC. Enfin, l'analyse statistique ne nous informe pas sur l'essentiel du problème, à savoir les catégories de lois concernées, et les raisons de l'absence de transmission.

Les lois non déférées au Conseil sont-elles des projets ou des propositions, ont-elles un objet identique, des longueurs semblables,

⁸ Dossier : *Le réalisme en droit constitutionnel*, Cahier du Conseil constitutionnel n° 22, juin 2007 (v. intervention de Michel Troper).

⁹ P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* n° 5, déc. 2010.

¹⁰ Des tableaux de statistiques des différents types de saisines sont disponibles depuis 2012 sur le site du Conseil constitutionnel.

etc. ? Leur date d'adoption, le nombre de voix favorables, l'organisation politique du moment (fait majoritaire, cohabitation), l'attitude du Gouvernement, jouent-ils un rôle dans l'absence de saisine ? Nombre de facteurs entrent en jeu dans la relation entre les auteurs de la saisine et le Conseil constitutionnel, mais seule la mécanique juridique peut être ici observée dès lors que tout autre prisme impliquerait une approche sociologique difficile à réaliser en raison du secret qui entoure l'action politique. Le droit constitutionnel favorise-t-il le développement d'une Raison d'État qui limiterait le recours au contrôle *a priori* de constitutionnalité de la loi ordinaire ?

Sans procéder d'une analyse statistique, un premier temps de l'analyse identifiera un échantillon de lois représentatives non déferées au Conseil constitutionnel, afin de comprendre, dans un second temps, les raisons qui président à l'absence de contrôle *a priori* de constitutionnalité de la loi. Les hypothèses d'absence de saisine doivent donc être envisagées dans leur contexte d'évolution (I) avant de pouvoir en tirer quelques enseignements conclusifs sur le rôle du Conseil constitutionnel en général (II).

I. LES HYPOTHESES D'ABSENCE DE SAISINE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

L'absence de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel, qui concerne certaines catégories de lois (A), s'inscrit souvent dans des rapports politiques, permettant de définir quelques facteurs d'évolution récurrents (B).

A. Les facteurs d'évolution à l'absence de saisine *a priori*

Une première approche arithmétique révèle que, à l'exception des années 1997 (9 lois déferées pour 69 lois promulguées) et 2002 (9 lois déferées pour 89 lois promulguées), le succès du contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois ordinaires, qui a pris son plein essor à partir de l'année 1976, n'a jamais été démenti.

Avant l'année 1976, le Conseil constitutionnel était rarement saisi pour un contrôle *a priori*, sauf pour les saisines obligatoires relatives aux lois organiques et aux résolutions des règlements des assemblées¹¹. La décision du 17 juillet 1971 dite *Liberté d'association*, présentée comme un tournant décisif du contrôle de constitutionnalité en France, n'a pas produit d'effet immédiat sur le nombre de lois déférées pour un contrôle *a priori*¹². Le tournant quantitatif du contrôle *a priori* s'effectue durant l'année 1976, au cours de laquelle la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 permettant à soixante députés ou sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel va pour la première fois produire pleinement ses effets¹³.

Un premier enseignement peut être tiré de ces chiffres, à savoir le rôle constant de l'opposition parlementaire dans la saisine *a priori*. Si la majorité préfère parfois devancer l'opposition en saisissant elle-même le Conseil constitutionnel, notamment par « lettre blanche »¹⁴, la quantité de contrôles de constitutionnalité au cours d'une année dépend avant tout de l'activisme politique de l'opposition. Ce contrôle est donc soumis à la volonté de l'opposition parlementaire, à laquelle il revient de juger de

¹¹ À titre d'illustration, le Conseil a été saisi à 3 reprises en 1967, 2 reprises en 1968, une seule fois en 1969 et 4 fois en 1970.

¹² En 1971, le Conseil constitutionnel a été saisi de 4 contrôles de constitutionnalité *a priori*, à trois reprises en 1972, puis à 2 reprises en 1973 et 1974.

¹³ Alors qu'en 1975, 7 contrôles *a priori* ont été effectués, l'année 1976 fait pus que doubler le nombre de saisine en la matière, pour ne plus jamais redescendre au niveau précédent (16 contrôles *a priori* en 1976, confirmé en 1977 avec 15 saisine).

¹⁴ Pour des illustrations de saisines blanches célèbres déposées : par le Président du Sénat, voir la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, Rec. p. 29 ; par le Président de l'Assemblée nationale, voir la décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, Rec. p. 100 ; par l'un et l'autre à la fois : voir la décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public ; enfin, par 60 députés ou 60 sénateurs : voir la décision n° 86-211 DC du 26 août 1986, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, Rec. p. 120 ou encore la décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, Rec. p. 195.

la pertinence d'une saisine du Conseil¹⁵. En ce sens, l'initiative du contrôle *a priori* n'est pas préventive mais politique, c'est ce qu'enseignera l'objet des lois déferées.

Le rôle de l'opposition conduit à s'interroger sur les périodes d'alternance et de cohabitation, lesquelles pourraient nourrir une volonté accrue de saisine, et induire des évolutions quant aux auteurs de cette saisine. Concernant l'alternance, le phénomène de l'accroissement des saisines a été relevé puis étudié par la doctrine¹⁶. Si l'arrivée de la gauche au pouvoir en 1981 a provoqué une nette multiplication des saisines du Conseil constitutionnel¹⁷, le phénomène ne s'est pas reproduit en 2012, puisque les 21 contrôles *a priori* du Conseil en 2013 ne marquent pas une augmentation des saisines par rapport à 2009 (26 contrôles *a priori*), 2010 (23 contrôles *a priori*) et 2011 (21 contrôles *a priori*).

Quant à elles, du point de vue quantitatif, les trois périodes de cohabitation n'ont pas engendré une multiplication des saisines *a priori*¹⁸. Concernant l'auteur des saisines, le chef de l'État n'a pas retenu très souvent cette voie pour jouer son rôle d'arbitre en ces périodes, préférant laisser aux députés de l'opposition le soin de déférer la loi. Ainsi les périodes de cohabitation consacrent-elles le rôle de l'opposition, et marquent un développement considérable des saisines par les sénateurs, lesquels se sont toujours situés dans l'opposition au cours des cohabitations successives.

La saisine par 60 députés ou 60 sénateurs à partir de 1974 a permis d'éviter au Conseil constitutionnel de subir les effets négatifs du fait

¹⁵ J. Benetti, « La saisine parlementaire (au titre de l'article 61 de la Constitution) », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, p. 85.

¹⁶ M.-C. Steckel, *Le Conseil constitutionnel et l'alternance*, LGDJ, coll. bibl. constitutionnelle et de science politique, 2002.

¹⁷ En 1981, le nombre de saisines *a priori* s'élevait à un nouveau encore moyen malgré l'usage déjà fréquent des saisines de l'opposition parlementaire, puis se développe considérablement en 1982 et en 1984 avec 18 contrôles *a priori*.

¹⁸ Concernant le contrôle *a priori*, les saisines ont été au nombre de 20 en 1986, de 10 en 1987, puis de 15 en 1988 pour la première cohabitation, puis de 13 en 1993, de 18 en 1994 et de 19 en 1995 pour la deuxième cohabitation. Enfin, au cours de la troisième cohabitation, le nombre de saisines s'est élevé à 9 pour l'année 1997, 11 en 1998, 18 en 1999, 15 en 2000, ainsi que 16 en 2001 et 9 en 2002.

majoritaire. L'appartenance du Président de la République, du Premier ministre et des Présidents des deux assemblées à un même groupe politique aurait pu constituer un obstacle à l'exercice des compétences par le Conseil. Ce phénomène n'a donc pas eu d'impact direct sur le nombre des saisines, notamment parlementaires.

Le ratio entre le nombre de lois déferées et le nombre de lois promulguées a connu un pic en 2009 avec 26 lois déferées pour 83 lois promulguées, et en 2004 avec 20 saisines du Conseil constitutionnel pour 95 lois adoptées par le Parlement. Une telle situation se retrouve également au cours des années 2003 (25 lois déferées pour 122 lois promulguées), 2005 (21 lois déferées pour 114 lois promulguées), 2010 (23 lois déferées pour 125 lois promulguées) et 2011 (21 lois déferées pour 122 lois promulguées), tout en restant de moindre importance en raison du nombre très élevé de lois promulguées ces années-là. Les saisines du Conseil à partir des années 2000 se sont accrues en proportion du nombre de lois adoptées, qui a eu tendance à se stabiliser vers le haut.

Globalement, les saisines sont moins nombreuses au cours des années d'élections législatives et/ou présidentielles, sans que ce constat ne soit généralisable. Les périodes électorales coïncident parfois avec les années où le Conseil a connu le nombre le plus faible de saisines *a priori* (en 2002 et en 1997), même si les élections n'ont pas toujours provoqué de diminution du rythme des saisines¹⁹. Ainsi, selon les périodes, une campagne électorale peut soit éloigner les candidats de toute volonté de saisine *a priori* comme, au contraire, les en rapprocher, la saisine devenant, dans une visée électoraliste, une tactique politique²⁰.

¹⁹ Récemment, en 2012, le nombre de saisines *a priori* s'est élevé à 17, ce qui représente un nombre conséquent de saisines, mais un léger ralentissement par rapport aux années 2011 et 2013 (21 saisines). En 1993 comme en 1986, les saisines se sont élevées respectivement à 13 et à 20, ce qui ne représente pas une réelle diminution du rôle du Conseil constitutionnel.

²⁰ Dans ce cas, la saisine porte sur des textes éminemment médiatiques, que l'opposition ne peut pas contester sans craindre une contestation de l'opinion publique. Ainsi la saisine du Conseil constitutionnel par les députés de l'opposition sur la loi relative au mariage pour les personnes de même sexe (décision n° 2013-

Structurellement, l'opposition parlementaire est devenue depuis 1976 le réceptacle des volontés de saisine constitutionnelle, quelles que soient les périodes, les autres auteurs de saisine intervenant finalement pour se substituer à une carence manifeste de l'initiative parlementaire. Le contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois ordinaires se situe donc dans une profonde dépendance vis-à-vis de l'opposition. Hormis ce premier enseignement, aucune autre conclusion ne peut véritablement être tirée des chiffres, qui laissent une impression d'incertitude et d'instabilité, si ce n'est que les périodes d'alternance, propices à une multiplication des contrôles *a priori*, démontrent le caractère stratégique des saisines.

B. Les catégories de lois non déférées au Conseil

Aucune logique n'est ici décelable, plutôt le constat de quelques récurrences qui conduisent à poser des diagnostics parcellaires sur l'absence de contrôle de constitutionnalité.

Tout d'abord, le contrôle *a priori* concerne surtout des projets de loi, même si l'on constate en 2014 une augmentation des propositions de lois déférées²¹. En raison du fait majoritaire, les projets de loi sont adoptés sans que l'opposition parlementaire ne puisse efficacement s'y opposer, le contrôle *a priori* constituant le dernier recours des groupes d'opposition, tandis que les propositions de loi ont le plus souvent fait

669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* était incontournable dans une perspective électorale alors qu'elle était vouée à l'échec en raison de décisions précédentes du Conseil lui-même (décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre*). Une fois passées les élections municipales, les premiers opposants à cette réforme ont fini par se rallier à cette même cause.

²¹ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, JORF n° 0077 du 1 avril 2014, p. 6227 ; loi n° 2014-567 du 2 juin 2014 relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié, JORF n° 0127 du 3 juin 2014, p. 9208.

l'objet d'une discussion entre les différents groupes politiques au sein de chaque chambre ²².

Outre l'explication quantitative (les projets de loi sont plus fréquents), les propositions sont souvent adoptées par consensus, et possèdent un impact limité en raison de l'irrecevabilité financière de l'article 40 de la Constitution ²³. Les propositions ayant obtenu une large majorité se retrouvent plus facilement contestées dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*. Plus les lois ont fait l'objet d'une discussion entre les différents courants politiques du Parlement, plus leur chance d'être déférées au Conseil constitutionnel est faible. En revanche, le consensus politique n'est pas un gage de constitutionnalité, et l'examen par une tierce autorité pourrait éviter des dérives convenues entre groupes parlementaires ²⁴.

Ensuite, l'identification de catégories de lois non déférées à partir de leur objet reste aléatoire. Alors qu'à partir de l'année 1974, les lois de finances et de finances rectificatives ont toujours été déférées, quelques exceptions au cours des années 2000 laissent à penser qu'il ne s'agit plus pour l'opposition d'un « réflexe constitutionnel ». Dans les années 2002 et 2004, le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi *a priori* de loi de finances rectificative, en 2008, il a procédé à un contrôle de la loi de finances rectificative mais n'a pas été saisi de la loi de finances pour l'année 2009, tandis qu'en 2006 et 2007, l'ensemble des lois de finances

²² Une seule proposition de loi a été contestée en 2013 sur 17 propositions adoptées (loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, JORF n° 0089 du 16 avril 2013, p. 6208.)

²³ Les articles L. 134-1 à L. 134-8 du code de la propriété intellectuelle, issue d'une proposition de loi, déposée au Sénat par M. Jacques Legendre le 21 octobre 2011, et adoptée par le Parlement à la quasi-unanimité, ont été contestées dans la décision n° 2013-370 QPC du 28 février 2014, *M. Marc S. et autre*.

²⁴ Des thèmes comme la bioéthique ou la santé sont propices à des atteintes aux libertés individuelles et aux droits des citoyens. Or, deux propositions de lois sur ces objets n'ont pas été déférées en 2013 sur ces questions. Loi, n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, JORF n° 0182 du 7 août 2013, p. 13449 ; loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, JORF n° 0090 du 17 avril 2013, p. 6465.

ont été exemptées de tout contrôle. Des raisons politiques expliquent l'absence de saisine en 2007, année de contentieux électoral, le Conseil constitutionnel ayant également eu à se prononcer sur la question épineuse de la constitutionnalité du Traité de Lisbonne²⁵. Pour les autres années, le caractère tardif de l'adoption des lois de finances rectificative explique l'absence de saisine du Conseil. En cette matière, un résidu de Raison d'État s'est ainsi installé, du fait du refus du Conseil d'État de transmettre une QPC fondée sur le principe de sincérité de la loi de finances²⁶.

Les lois relatives aux collectivités territoriales étant systématiquement soumises au Conseil constitutionnel par au moins 60 sénateurs, et l'opposition parlementaire déférant la plupart des textes de nature économique ayant un effet sur la liberté d'entreprendre²⁷, la spécificité des catégories de lois non déférées paraît difficilement cernable. Ainsi, par exemple, les textes directement relatifs à un droit ou une liberté constitutionnels ne sont pas toujours déférés²⁸. Le Conseil

²⁵ Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*.

²⁶ CE, 15 juillet 2010, *Région Lorraine*, n° 340492. Toutefois, il existe d'autres biais pour contester a posteriori des dispositions d'une loi de finances, dont par exemple le principe de non rétroactivité de la loi (décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France*).

²⁷ Il existe toutefois quelques exceptions notables, comme récemment la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (JORF n° 0176 du 1 août 2014, p. 12666).

²⁸ Au cours de l'année 2000, n'ont pas été déférées les lois relatives à la contraception (loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence, JORF n° 289 du 14 décembre 2000, p. 19830) ou bien encore sur le présomption d'innocence (loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JORF n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038), alors qu'il s'agit de textes pouvant faire polémiques. En revanche a été soumis au Conseil constitutionnel la loi prévoyant l'égalité entre les femmes et les hommes à certains mandats électoraux (loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, JORF n° 131 du 7 juin 2000, p. 8560). À chaque époque ses priorités politiques et ses controverses.

constitutionnel serait donc paradoxalement le gardien des libertés fondamentales de lois n'ayant pas de telles libertés pour objet ²⁹.

Un consensus autour de la consécration ou de la protection de principes constitutionnels justifie sans doute l'absence de saisine du Conseil sur certains sujets qui, un temps contestés, sont devenus des dogmes au sujet desquels toute controverse est désormais désuète. Certains objets législatifs sont par nature exclus de tout contrôle *a priori*, sans quoi les auteurs s'exposeraient à de virulentes critiques d'une partie de la société civile, qui assimilerait la saisine à un désaccord avec l'objet même de la loi. Il en fut ainsi avec les lois mémorielles, dont la loi Gayssot du 13 juillet 1990 ³⁰.

Le contexte détermine les absences de saisines. Ainsi, par exemple, le retentissement médiatique de l'affaire du Médiateur n'a-t-il pas conditionné l'absence de saisine du Conseil sur la loi de réaction qui lui a succédé ³¹. Un tout autre contexte a déterminé l'absence de transmission au Conseil de la loi du 11 mars 1988, intervenant un an après une affaire impliquant l'un des principaux partis en quête de dons d'entreprises privées pour sa campagne électorale. Conditionnée par le contexte d'adoption de la loi, la saisine du Conseil se détermine en fonction des impressions et attentes présumées de l'opinion publique.

La saisine relève d'un choix politique et, en ce sens, se trouve déterminée par les priorités arrêtées par chaque groupe parlementaire. Si d'une année sur l'autre, définir une constance dans les types de lois concernés semble voué à l'échec, les absences de saisine démontrent en revanche quelles

²⁹ Ce constat doit évidemment être nuancé dans la mesure où toute loi est susceptible de mettre en jeu des principes constitutionnels contrôlés par le Conseil constitutionnel.

³⁰ La Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC portant sur cette loi (arrêt n° 12008 du 7 mai 2010 ; 09-80.774.). En revanche, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une autre loi mémorielle, preuve que les positions politiques évoluent sans cesse, qu'il a d'ailleurs censuré (décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi).

³¹ Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, JORF n° 0302 du 30 décembre 2011, p. 22667.

sont les priorités de l'opposition, et leurs évolutions³². Globalement, les lois sur l'organisation administrative de l'État, hormis les lois sur la fonction publique, ainsi que celles sur la protection de l'ordre public ne sont pas déférées au Conseil constitutionnel. L'absence de saisine des premières s'explique par le peu de considération (et de répercussion médiatique) qui leur est accordée, tandis que l'importance politique attribuée aux secondes justifie un contournement du Conseil qui n'aurait pas manqué, pour la loi sur le terrorisme ou celle de programmation militaire, de censurer certaines dispositions.

II. LE DROIT SAISI PAR LA POLITIQUE

Des configurations juridiques résultant de compétences ou de relations institutionnelles spécifiques expliquent certains cas d'absence de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel (A). Mais, l'influence du droit ne suffit pas à justifier les lois non déférées, l'absence de saisine résultant en dernier lieu d'une volonté politique, elle-même fondée sur certains présupposés de la démocratie d'opinion (B).

A. L'influence du droit sur l'absence de saisine *a priori*

La proportion des lois contrôlées *a priori* et des lois promulguées n'a pas subi de modifications avec l'adoption en 2008 du contrôle *a posteriori*. Le rôle de la QPC n'a donc pas tari le nombre de contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois³³. Le double filtre des juridictions de fond puis du Conseil d'État et de la Cour de cassation a joué à cet égard un rôle

³² Alors qu'en 2000, la loi sur l'accueil des gens du voyage n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel (loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, JORF n° 0155 du 6 juillet 2000, p. 10189), ce dernier a eu à connaître de cette question dans plusieurs autres décisions depuis (décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure* ; décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*), ainsi que de très nombreuses QPC.

³³ Concernant le contrôle *a priori* de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel avait rendu 17 décisions en 2012, et il en a rendu 25 en 2013. Par conséquent, l'apparition de la QPC n'a pas tari le nombre de saisines *a priori*, contrairement à l'opinion qui était défendue par une partie de la doctrine avant l'application de la réforme.

décisif, en bloquant les lois déjà soumises au contrôle *a priori*. Peut-être aurait-on pu s'attendre à une recrudescence du contrôle *a priori* afin de limiter la possibilité, une fois la loi interprétée et appliquée, de contrôle *a posteriori*, imposant ainsi une stabilité forcée du droit et une réduction du travail du Parlement, contraint à la suite d'une abrogation par le Conseil d'adopter une loi dans de brefs délais.

La QPC ne reste pas sans effet sur l'absence de saisine *a priori* lorsqu'une disposition a été abrogée par le Conseil constitutionnel. L'abrogation immédiate de la disposition sur le harcèlement sexuel a entraîné l'adoption de la loi du 6 août 2012³⁴, laquelle n'a pas été contrôlée par le Conseil constitutionnel. De même, l'effet différé de l'abrogation du régime de garde à vue a laissé au Parlement le soin d'adopter une loi qui n'aura pas connu de contrôle *a priori* du Conseil³⁵. Outre le problème du délai dans lequel la nouvelle loi doit intervenir, l'explication d'une absence de saisine *a priori* réside dans l'évidence de conformité de cette loi aux exigences constitutionnelles définies par le Conseil. Or, une telle évidence n'est pas justifiée. D'une part, en censurant une disposition législative, le juge constitutionnel ne précise pas nécessairement ce que la loi nouvelle doit contenir (ce qui est interdit réduit seulement le champ des possibles). D'autre part, le législateur n'est pas politiquement contraint de suivre les exigences du Conseil dans la rédaction du nouveau texte. Le juge constitutionnel pourrait-il refuser une QPC en considérant que la nouvelle disposition législative est *ipso facto* conforme à la Constitution en raison de sa décision préalable ? La QPC ne doit pas devenir une excuse pour contourner le contrôle *a priori* de la loi.

L'attitude du Président de la République pourrait également expliquer à la marge l'absence de contrôle *a priori*. Le Président dispose de quinze jours pour promulguer la loi, ce délai étant suspendu en cas de saisine du Conseil constitutionnel. L'hypothèse d'une promulgation immédiate du texte bloque ainsi tout contrôle *a priori*, alors même que la saisine aurait

³⁴ Décision n° 2012-240 QPC du 04 mai 2012, *M. Gérard D.* ; loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, JORF n° 0182 du 7 août 2012, p. 12921.

³⁵ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* ; loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, p. 6610.

réuni suffisamment de signatures. Ce type d'initiative était inspiré par la pratique du Comité constitutionnel de la IV^e République, qui a été saisi une seule fois en raison d'une lettre du Président du Conseil de la République sollicitant du Président Auriol qu'il suspende la promulgation. Seule une convention constitutionnelle empêche aujourd'hui le Président de précipiter la promulgation de la loi pour éviter un contrôle *a priori*. Le contrôle de constitutionnalité repose ainsi sur le bon vouloir d'une autorité publique, dont l'attitude est surtout déterminée par les rapports de force politiques en présence.

Le chef de l'État peut profiter du délai de promulgation pour demander au Parlement de délibérer à nouveau sur la loi adoptée : ce pouvoir ne fut utilisé qu'en 1983, 1985 et en février 2003. Le 13 juillet 1983, une loi sur la mise en place d'une exposition universelle adoptée au moment où la France retirait sa candidature à l'organisation de cette manifestation, fut renvoyé à l'Assemblée. Le texte ne fut jamais remis à l'ordre du jour. En 1985, il s'agissait d'une loi relative à la Nouvelle-Calédonie, dont certains articles avaient été déclarés contraire à la Constitution. La nouvelle délibération permettait de remplacer les articles manquants avant toute promulgation. Le Conseil Constitutionnel, saisi de cette utilisation³⁶, a estimé qu'elle était conforme à la Constitution, tout en précisant que les expressions « nouvelle délibération » (art. 10 al. 2 de la Constitution) et « nouvelle lecture » (art. 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958) ont la même signification, la seule condition posée par la Constitution étant le contreseing du Premier ministre. Enfin, le chef de l'État demanda, le 4 avril 2003, une nouvelle délibération sur la loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des parlementaires européens dont un article avait, comme dans le cas précédent, été déclaré contraire à la Constitution³⁷. L'introduction du contrôle *a priori* se trouve ici épuisée par la première saisine, alors même que le Parlement pourrait profiter de cette nouvelle délibération pour réécrire la loi, en contradiction avec la jurisprudence constitutionnelle.

³⁶ Décision n° 85-197 DC 23 août 1985, *Nouvelle-Calédonie II*, JORF 24 août, p. 9814.

³⁷ Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *Elections des conseillers régionaux et des parlementaires européens*, JORF 12 avril 2003, p. 6493.

Plutôt que de procéder à une « promulgation-suspension »³⁸, le Président de la République aurait pu utiliser cette procédure pour la loi sur l'égalité des chances, dont l'article 8 relatif au Contrat Première Embauche (CPE) était contesté. Or, il préféra, en 2006, promulguer la loi tout en demandant au Gouvernement de ne pas l'appliquer, attendant ainsi une nouvelle écriture du texte. Le dépôt d'un projet ou d'une proposition de loi modifiant le texte non déféré au Conseil constitutionnel permet de contourner le consensus politique autour d'une loi inconstitutionnelle. Toutefois, une telle démarche exige de fédérer une majorité politique sur le nouveau texte, démontrant combien les facteurs juridiques sont insuffisants pour garantir la constitutionnalisation du droit.

B. La saisine *a priori* déterminée par des facteurs politiques

La faveur constante dont jouit depuis plusieurs années la constitutionnalisation de l'action politique ne doit pas éclipser à quel point le contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois est conditionné par une saisine éminemment politique. Le Conseil constitutionnel se trouve impliqué dans les rapports de force politiques sans cesse renouvelés entre la majorité et l'opposition. Même si sa décision comporte une incontestable portée juridique, il n'échappe pas à une orientation politique qui se lit en filigrane dans sa conception souvent conservatrice des droits et libertés fondamentaux³⁹.

C'est l'ajustement des rapports entre la majorité et l'opposition qui donne sens à la saisine (ou à son absence) du Conseil constitutionnel. Ainsi, par exemple, la loi de programmation militaire 2014-2019, n'a pas

³⁸ J.-E. Gicquel, « La promulgation-suspension », RDP, 2006, p. 568. V. décision - Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, JORF du 2 avril 2006, p. 4964.

³⁹ G. Tusseau, « Le gouvernement (contraint) des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », Revue française de théorie juridique, de philosophie et de culture juridiques n° 55, 2012, p. 41; « Façonner le "gardien de la conscience". Les présidents des États-Unis et les juges de la Cour suprême, Pouvoirs n° 150, 2014, p. 53.

été déferée au Conseil constitutionnel, alors que son article 20 était jugé liberticide par de nombreux observateurs, en raison de l'incapacité des députés issus de groupes politiques distincts de s'associer pour signer la saisine exigée. En effet, l'initiative n'a réuni que 48 signatures de députés UMP et UDI, ceux-ci n'ayant pas souhaité associer leur voix à celles du groupe EELV, lequel aurait ajouté 17 signatures. La saisine du Conseil constitutionnel est donc conditionnée par le régime des partis, ou *partitocratie*, que la Constitution de 1958 avait eu la prétention de supprimer.

Toutes les stratégies déployées par les acteurs politiques pour éviter de déferer une loi au Conseil ne sont pas visibles, et relèvent d'une certaine Raison d'État. De l'accord implicite entre les groupes, en passant par différentes concessions de la majorité, telles que l'adoption ou le retrait de dispositions législatives accordées à certains groupes en l'échange de leur vote, ou bien les compensations octroyant un temps de parole, la discussion d'une proposition de loi déposée par l'opposition: autant de compromis qui permettent de réformer sans égards envers la Constitution. La saisine du Conseil constitutionnel dépend des réussites ou des échecs de ces « marchandages » politiques et des effets électoraux attendus par ses auteurs.

Ces techniques sont parfois plus visibles, et moins subtiles. Ainsi, le 27 novembre 2005, le Garde des Sceaux présenta une disposition relative à la rétroactivité du port du bracelet électronique pour les délinquants sexuels de la loi dite anti-récidive, comme étant porteuse d'un « risque d'inconstitutionnalité », lequel devait être contourné par les parlementaires en ne déferant pas la loi : « Il suffira pour eux de ne pas saisir le Conseil constitutionnel, et ceux qui le saisiront prendront sans doute la responsabilité politique et humaine d'empêcher la nouvelle loi de s'appliquer au stock de détenus ». Si la réaction du président du Conseil constitutionnel, sortant de sa réserve et affirmant que le respect de la Constitution était « non un risque mais un devoir », ne fut pas insolite, les déclarations d'élus de l'opposition démontrèrent, en revanche, que leur réprobation s'appuyait sur l'atteinte qu'une telle déclaration portait à l'indépendance des parlementaires et non sur

l'absence de contrôle *a priori* en tant que telle d'une loi dont l'inconstitutionnalité était revendiquée. La répercussion médiatique de cette maladresse a sûrement encouragé la saisine du Conseil constitutionnel même si, preuve du consensus politique des différents groupes sur cette question expliquant que de tels propos aient été proférés, seuls 60 sénateurs saisirent le Conseil constitutionnel⁴⁰. L'absence de saisine des députés s'explique sans doute par la réception très favorable de cette loi au sein de la société civile.

Le contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois ordinaires est déterminé par les attentes, réelles ou supposées, de l'opinion publique. La constitutionnalisation de la politique est conditionnée par les réactions exprimées par les sondages, la presse et les autres moyens de communication. La saisine du Conseil constitutionnel par les élus dépend donc des attentes présumées de ou exprimées par leurs électeurs. Une telle hypothèse laisse croire à tort que le peuple constitue l'ultime détenteur de la saisine du juge constitutionnel. La responsabilisation du citoyen dans l'expression de ses opinions ne peut accréditer l'idée fautive d'une transparence de la représentation politique, qui serait soumise à un mandat impératif vis-à-vis du peuple. Cette conception est illusoire, l'opinion publique étant toujours une construction imaginaire, à laquelle le politique peut se sentir paradoxalement soumis. L'absence de saisine devient un mode de représentation politique, en partageant avec les citoyens certaines valeurs.

Non déferée au Conseil constitutionnel, la loi de lutte contre le terrorisme démontre en cette matière une harmonie présumée entre l'action politique et les attentes de la société civile⁴¹. La saisine politique du Conseil n'est-elle pas justifiée par la nécessité pour les élus de prévenir toute inconstitutionnalité, indépendamment des réactions d'une opinion publique introuvable ? La démocratie d'opinion, faite surtout de sentiments et d'impressions, conditionne largement la saisine *a priori*. La

⁴⁰ Décision n° 2005-527 DC du 08 déc. 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, JORF du 13 déc. 2005, p. 19162.

⁴¹ Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, JORF n° 0263 du 14 novembre 2014, p. 19162.

justice constitutionnelle continue-t-elle de remplir son rôle lorsqu'elle est saisie pour répondre à une contestation populaire ? Le Conseil constitutionnel a-t-il pour fonction d'apaiser les tensions sociales dans un contexte de démocratie d'opinion qui implique finalement une crise politique permanente. *In fine*, ne convient-il pas de revoir, à l'aune de ces quelques réflexions, la représentation française de la justice constitutionnelle, laquelle remplit avant tout une fonction politique en se situant au carrefour des rapports entre la société, la majorité et l'opposition politiques ?