UNIVERSITÉ DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE

ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE

Discipline : ***SCIENCES JURIDIQUES***

Spécialité : Droit public

Présentée et soutenue publiquement par

Cindy BERLOT

Le 28 juin 2019

L'articulation des offices du Conseil constitutionnel

Thèse dirigée par **Julien BOUDON**

Jury

Mme Wanda MASTOR	Professeur	Université de Toulouse I Capitole	**Président**
M. Julien BOUDON	Professeur Doyen de la faculté de droit	Université de Reims Champagne-Ardenne	**Directeur de thèse**
Mme Eleonora BOTTINI	Professeur	Université de Caen	**Rapporteur**
M. Charles-Édouard SÉNAC	Professeur	Université de Bordeaux	**Rapporteur**
M Thomas HOCHMANN	Professeur	Université de Reims Champagne-Ardenne	**Examinateur**
M. Jean MAÏA	Conseiller d'État	Secrétaire général du Conseil constitutionnel	**Examinateur**

REMERCIEMENTS

Mes sincères remerciements s'adressent à mon directeur de thèse sans qui ce travail n'aurait pas pu être réalisé : merci pour ses précieux conseils, ses multiples relectures et sa confiance.

Je tiens à remercier mes collègues et proches qui, par leur écoute et leur lecture, ont également contribué à l'accomplissement de ce travail.

Merci à mes parents, Isabelle et Pascal, pour leur soutien en toutes circonstances et la passion du travail qu'ils m'ont transmise ;

Merci à mes beaux-parents, Célestine et Bernard, d'avoir toujours cru en moi ;

Merci à ma sœur, Lucie, ainsi qu'à mes plus fidèles amies, Ludivine, Margaux et Pauline, pour leurs encouragements permanents et leur réconfort ;

Je remercie enfin, mon mari, Dario, pour sa patience inébranlable, ses paroles rassurantes et son ambition contagieuse : merci d'être un modèle pour moi.

À ma famille franco-béninoise,

L’Université de Reims Champagne-Ardenne n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

SOMMAIRE

Partie 1

L'affaiblissement du juge de la répartition des compétences normatives

<u>Titre 1</u> L'empiètement du juge de la constitutionnalité sur l'office du juge de la répartition des compétences normatives

Chapitre 1 : L'élargissement du domaine de la loi par le juge de la constitutionnalité

Chapitre 2 : L'incompétence négative : un subterfuge pour assurer une répartition des compétences normatives

<u>Titre 2</u> L'effacement de l'office du juge de la répartition des compétences normatives au profit du juge de la constitutionnalité

Chapitre 1 : Le rôle décisif du juge de la constitutionnalité dans l'abandon de la procédure FNR

Chapitre 2 : Les imbrications des offices valorisant le juge de la constitutionnalité

Partie 2

L'impérialisme du juge de la constitutionnalité

<u>Titre 1</u> Un conseiller doté d'attributs juridictionnels

Chapitre 1 : L'emprise du conseiller sur le juge

Chapitre 2 : Un examen de constitutionnalité consultatif

<u>Titre 2</u> L'attraction de l'office du juge de la constitutionnalité sur le juge électoral

Chapitre 1 : Le juge de la constitutionnalité : un acteur du processus électoral

Chapitre 2 : Le juge électoral : garant de la Constitution

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
AN	Décision rendue par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 59 de la Constitution
AR16	Décision rendue par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 16 de la Constitution
AUTR	Décision rendue par le Conseil constitutionnel dépourvue de base constitutionnelle
Art. cité	Article précédemment cité
C. Cass.	Cour de cassation
CA et CAA	Cour d'appel et Cour administrative d'appel
CCC	Cahiers du Conseil constitutionnel
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cons.	Considérant d'une décision du Conseil constitutionnel
D	Décision rendue par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article LO. 136 du code électoral
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision rendue par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de consitutionnalité *a priori*
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
Dir.	Ouvrage publié sous la direction de
ELEC	Décision rendue par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 59 de la Constitution ou consacrant des observations relatives aux élections parlementaires
FNR	Décision rendue par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 41 de la Constitution

GP	Gazette du Palais
I	Décision rendue par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article LO. 151-1 du code électoral
JCP A	La semaine juridique – édiction Administrations et Collectivités territoriales
JCP G	La semaine juridique – édition Générale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
JO	Journal Officiel de la République Française
L	Décision rendue par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 37, alinéa 2
LPA	Les petites affiches
NCCC	Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel
OF	Décision rendue par le Conseil constitutionnel sur le fondement du paragraphe IV de l'article L.O. 136-4 du code électoral
ORGA	Décision rendue par le Conseil constitutionnel relative à son fonctionnement
op. cit.	Ouvrage précédemment cité
p. ou pp.	Page ou pages
PDR	Décision rendue par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 58 de la Constitution
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presse universitaire de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RA	Revue administrative
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
REF	Décision rendue par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 60 de la Constitution
RFFP	Revue française de finances publiques
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFDA	Revue française de droit administratif

RFSP	Revue française de science politique
RGD	Revue générale du droit
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivant(e)s
SEN	Décision rendue par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 59 de la Constitution
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
Vol.	Volume

Introduction

« Encore, à cette époque, n'avait-on pas soupçonné l'immensité de l'arbre qui sortirait d'une graine assez petite et pas tellement prometteuse ».

Georges Vedel[1]

« Ce Conseil constitutionnel, c'était vraiment *terra incognita* » disait, en 1982, Raymond Janot[2], ancien membre du Comité consultatif constitutionnel. En créant la Haute instance, les constituants ne savaient pas ce qu'il adviendrait de cette institution.

Les pères fondateurs de la V[ème] République étaient hantés par l'histoire constitutionnelle française, comme en témoigne le propos de l'un d'eux : « conscients du poids de notre histoire et très conscients du fait que la grande révolution (…) n'a pas été faite seulement contre le roi (…) mais contre les juges »[3]. Par mesure de précaution, si de nombreuses attributions lui sont confiées, le Conseil constitutionnel n'est pas explicitement qualifié de juge, ni de juridiction. Pensé comme une « arme pour lutter contre la déviation du régime parlementaire »[4], il est imaginé « comme une pièce essentielle »[5] pour rationaliser le parlementarisme selon l'expression de Boris Mirkine-Guetzévitch[6]. Le contrôle de constitutionnalité des lois a donc été conçu pour affaiblir le Parlement[7]. Cette volonté rappelle le Sénat conservateur de l'an VIII. Historiquement, celui-ci fut le premier organe[8] chargé de vérifier la constitutionnalité des actes[9]. Il a été institué en raison « d'un rapport de forces » résultant « d'une conjoncture

[1] G. Vedel, « Préface », in G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. IX.
[2] Propos reproduits dans L. Favoreu (dir), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982, p. 213.
[3] *Ibid*.
[4] Propos de M. Debré lors de son discours du 27 août 1958 devant le Conseil d'Etat *in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume III, La documentation française, 1991, p. 260.
[5] J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel, La V[ème] République*, Tome 2, 2[ème] édition, Puf, 2016, p. 205.
[6] S. Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits*, n°46, 2007, p. 188.
[7] *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume IV, La documentation française, 2001, p. 288. Voir aussi M. Verpeaux, « Le Conseil constitutionnel ou la juridiction constitutionnelle », *in Institutions et vie politique sous la V[ème] République*, 4[ème] édition, La documentation française, 2012, p. 109.
[8] Même si certains admettent même que le Conseil des Anciens s'était vu doté d'une sorte de contrôle de constitutionnalité portant sur la forme : voir en ce sens, K. Fiorentino, *La seconde chambre en France dans l'histoire des institutions et des idées politiques (1789-1940)*, Dalloz, 2008, p. 150.
[9] Article 21 de la Constitution de l'an VIII : « Il maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le gouvernement : les listes d'éligibles sont comprises parmi ces actes ».

institutionnelle »[10]. Il consacre l'idée de l'abbé Sieyès[11] de 1795 qui avait envisagé de confier à un *jury constitutionnaire* le soin de connaître des atteintes à la Constitution. N'ayant pas immédiatement abouti au regard des réticences au sein de la Convention[12], la proposition a toutefois été reprise sous le régime napoléonien.

Ainsi, le retour[13] du contrôle de constitutionnalité des lois en 1958 n'est pas encore envisagé comme étant « le *palladium* de la liberté »[14]. Contrôler la loi vis-à-vis de la Constitution, en faisant abstraction de son préambule, n'assure pas pleinement la garantie d'un État de droit[15]. Or, si la Constitution de 1958 est une accumulation de règles organisant les pouvoirs publics[16], la protection des libertés publiques est accessoire. En revanche, le Préambule de la Constitution de 1958 contient, quant à lui, une énumération des droits et libertés. Toutefois, en 1958, il n'a pas valeur constitutionnelle. Le Comité consultatif constitutionnel en a d'ailleurs débattu lors de l'élaboration de nouvelle République. Selon Pierre-Henri Teitgen : « vous aboutirez ainsi, si vous admettez que le contrôle de constitutionnalité porte sur la conformité avec le préambule, à donner au Conseil constitutionnel un pouvoir considérable ». Les constituants établissaient un lien entre la valeur juridique du Préambule et le rôle de la Haute instance[17]. En effet, « si celui-ci avait valeur juridique constitutionnelle et était opposable aux lois, alors le pouvoir du Conseil constitutionnel s'en [serait trouvé] profondément renforcé et celui du législateur amoindri »[18]. Les pères fondateurs

[10] M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, 15ème édition, Montchrestien, 2018, pp. 160-161.
[11] J. Menichetti, « L'écriture de la constitution de l'An VIII : quelques réflexions sur l'échec d'un mécanisme révolutionnaire », *Napoleonica. La Revue*, n° 18, 2013, p. 75.
[12] Contrairement à sa proposition initiale, Sieyès est contraint de présenter ce jury comme un contre-pouvoir. Voir en ce sens : L. Jaume, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi a-t-il un sens pour la doctrine française de la Révolution et des premières années du XIXème siècle ? », *in* D. Chagnollaud (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité du XVIIIème-XIXème siècle*, Éditions Panthéon-Assas, 2003, p. 25.
[13] « L'étude de la pratique juridictionnelle, depuis l'Ancien-Régime jusqu'à aujourd'hui, celles textes constitutionnels, de la doctrine, des débats parlementaires montre que les débats sur l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité sont continus », R. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 4ème édition, Puf, 2016, p. 141.
[14] Lorsque le député D.-V. Ramel-Nogaret proposait d'instituer un jury national en 1793, pour lutter contre l'arbitraire, il a utilisé ces termes. Séance du 16 juin 1793, Réimpression de l'Ancien Moniteur, Volume 16, p. 671.
[15] Deux idées essentielles caractérisent l'État de droit : « celle tout d'abord que la liberté de la personne humaine exige de garantir la sécurité et la justice par la primauté du droit, de la Constitution en particulier ; celle ensuite que la modération dans l'exercice du pouvoir requiert un aménagement des fonctions et organes étatiques et un système normatif hiérarchisé », voir en ce sens : C. Grewe et H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Puf, 1995, p. 21.
[16] P. Avril et J. Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, Puf, 2013, p. 30.
[17] Voir en ce sens : J.-S. Boda, « Retour sur l'élaboration du Préambule de la Constitution de 1958 », *RFDC*, n°106, 2016, p. 299.
[18] J.-S. Boda, « Retour sur l'élaboration du Préambule de la Constitution de 1958 », art. cité, p. 306.

ont donc refusé d'octroyer expressément la valeur juridique suprême au Préambule[19] et en conséquence, à accorder une place de premier plan au Conseil[20]. La peur de voir « un comité de magistrats, de personnalités, un aréopage de fonctionnaires, sans responsabilité et sans représentativité politique, assujettir à sa volonté la représentation nationale »[21] est réelle[22]. La crainte du gouvernement des juges[23] est apaisée[24].

En somme, « les pouvoirs qui lui sont donnés sont limités à l'organisation [et] au fonctionnement des pouvoirs publics »[25]. Au début de la V^{ème} République, les auteurs se demandent s'il s'agit véritablement d'une juridiction car ses compétences « n'en font pas l'égal des Cours de justice constitutionnelle qu'offre le droit comparé »[26]. Certains l'assimilent davantage à « un organe politique »[27].

Le contrôle de constitutionnalité n'est qu'un rouage pour « contenir le Parlement »[28] pour « empêcher [les deux chambres] d'empiéter sur les prérogatives gouvernementales »[29]. Néanmoins, comme cette prérogative vient « ébranler la souveraineté nationale et remettre en cause [le] dogme (…) de la suprématie de la loi »[30], il était indispensable de l'assortir de garanties d'indépendance vis-à-vis des autres pouvoirs. D'autant que dès les débuts de son instauration, il était pressenti que le « Conseil constitutionnel aurait grand peine à imposer moralement son autorité et à acquérir le prestige qui lui était

---

[19] Toutefois, plus tard, R. Janot a précisé que « la porte » était restée « ouverte dans le texte par l'absence d'interdiction » : propos reproduits dans L. Favoreu (dir), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 213.

[20] *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 179.

[21] R. Chapus, *Droit constitutionnel et Institutions politiques (Licence 1ère année)*, Les cours de droit, 1970, p. 291.

[22] *Ibid.*, p. 324 : « la magistrature, en France, ne s'est jamais relevée des conséquences de la méfiance dont elle a été l'objet sous la Révolution, où elle était considérée selon une expression du temps, comme un "asile de la réaction" ».

[23] C'est E. Lambert qui, pour la première fois, utilise cette notion à l'égard de la Cour suprême des Etats-Unis. E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Dalloz, 2005, 276p.
Au sein des travaux préparatoires, l'un des constituants, P.-H. Teitgen évoque l'expression de « Gouvernement de (…) ces personnages qui constitueront un Conseil constitutionnel » (voir *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 176).

[24] Le gouvernement des juges résulte de l'Ancien-Régime. Les Parlements usaient de leurs prérogatives pour s'opposer l'action du pouvoir royal. Le « royaume [était] malade de ses Parlements », « l'opposition parlementaire était le cancer de la monarchie » selon J.-L. Harouel, J. Barbey, E. Bournazel et J. Thibault-Payen, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, 11ème édition, Puf, 2007, p. 574.

[25] Selon R. Janot *in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 73.

[26] J.-P. Charnay, *Le contrôle de la régularité des élections parlementaires*, LGDJ, 1964, p. 78.

[27] M. Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 2ème édition, Dalloz, 1961, p. 793.

[28] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11ème édition, LGDJ, 2016, p. 34.

[29] F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, 39ème édition, LGDJ, 2018, p. 799.

[30] N. Molfessis, « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 97.

nécessaire »[31]. Il apparaissait difficile que ses décisions ne soient pas contestées par les autorités concernées[32]. En d'autres termes, l'assise de l'institution dépendait de la bonne volonté des autres acteurs. Finalement, ces derniers ont accepté de s'autolimiter et de respecter la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Même le législateur s'y est conformé alors que l'institution a été créée pour être au service du pouvoir exécutif.

Pourtant, historiquement, cette connivence avec le pouvoir exécutif a eu tendance à discréditer le contrôle de constitutionnalité dont les organes politiques étaient investis. Le Sénat de l'an VIII est une illustration. Alors qu'il « avait pour mission de conserver le trésor constitutionnel »[33], il n'usa jamais de cette prérogative. Sa docilité à l'égard du pouvoir exécutif était incontestable puisqu'il a « joué un rôle essentiel dans l'accession au pouvoir »[34] du Premier consul. Le Sénat de la Constitution de 1852, quant à lui, a été érigé au rang de « gardien du pacte fondamental et des libertés publiques »[35] et était obligatoirement saisi de toutes les lois avant leur promulgation[36]. Seulement, une fois encore, « sa domestication »[37] a dévoyé le contrôle de constitutionnalité dont il était investi. L'asservissement de ces organes politiques à l'égard du pouvoir exécutif a laissé un mauvais souvenir. En 1946[38], il en est de même puisque le Comité constitutionnel est composé du Président de la République, des présidents des chambres et de dix personnalités nommées par les assemblées. Certes, ces dernières étaient « choisis en dehors »[39] des parlementaires mais la présence des présidents des assemblées était loin de constituer une garantie d'impartialité. En 1958, des craintes s'élèvent contre cette nouvelle institution en charge du contrôle de conformité des lois à la Constitution, son manque d'indépendance est dénoncé.

[31] L. Noël, *De Gaulle et les débuts de la V^ème^ République, 1958-1965*, Plon, 1976, p. 35.
[32] M. Coutu, « Légitimité et constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », *Droit et société*, 2004, p. 234.
[33] J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel, Théorie générale – Histoire Régimes étrangers*, Tome 1, Puf, 2015, p. 101.
[34] M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op. cit.*, p. 166.
[35] Article 25, alinéa 1 de la Constitution de 1852.
[36] Article 25, alinéa 2 de la Constitution de 1852 ajoute : « Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise ».
[37] M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op. cit.*, p. 174.
[38] La III^ème^ République n'a pas besoin d'être abordée puisqu'un contrôle de la loi n'était pas envisageable : le Parlement bénéficiait « d'une liberté d'action quasi indéfinie » comme le précisait R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Dalloz, 2004, p. 609.
[39] Article 91 de la Constitution de 1946 : « Le Comité constitutionnel est présidé par le président de la République. Il comprend le président de l'Assemblée nationale, le président du Conseil de la République, sept membres élus par l'Assemblée nationale au début de chaque session annuelle à la représentation proportionnelle des groupes, et choisis en dehors de ses membres, trois membres élus dans les mêmes conditions par le Conseil de la République ».

Malgré les réticences, les critiques et les incertitudes qui entouraient la naissance du Conseil constitutionnel, il est aujourd'hui le gardien de la Constitution et même le « protecteur des droits et libertés »[40]. Il s'est surtout imposé grâce à la compétence qu'il exerce sur le fondement des articles 61 et 61-1 de la Constitution[41]. L'étude consiste à analyser la façon dont un office du Conseil constitutionnel a su supplanter les autres. Cela sous-entend que la Haute instance détient des offices et non un seul. Il s'agit donc de comprendre comment ces offices s'entrecroisent. Or, le terme « office » est polysémique (I). L'objet de la recherche s'intéressera à la façon dont le Conseil constitutionnel utilise ses offices (II).

I. Le caractère polysémique du terme « office »

Les définitions de l'office (A) permettront d'appréhender la diversité des offices du Conseil constitutionnel (B).

A. Les définitions du terme « office »

La notion d'office est surtout employée pour désigner l'office du juge (1). Pourtant, il en existe un second. En effet, l'office s'emploie aussi en référence à une fonction (2).

1. L'office du juge

Le terme « office » est une notion ancienne et l'expression *officium judicis* existe depuis longtemps. Elle apparaissait déjà dans les compilations de Justinien[42]. Mais la notion recouvre plusieurs sens et les glossateurs tentent alors d'opérer une classification[43]. Progressivement, l'expression devient une théorie. « Le terme *officium* est alors toujours pris dans son sens de

[40] V. Champeil-Desplats, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *CRDF*, n° 9, 2011, pp. 11-22.
[41] Les propos de Pierre-Henri Teitgen, membre du Comité consultatif constitutionnel, selon lesquels « il n'y a pas de meilleur système de protection et de garantie des droits individuels que le recours pour excès de pouvoir ouvert devant le Conseil d'État français », paraissent appartenir à une époque révolue. Voir : *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 181.
[42] L'apport de Rome au droit provient en grande partie de ces compilations, voir en ce sens C. Lovisi, *Introduction historique au droit*, 5ème édition, Dalloz, 2016, p. 37.
[43] Voir en ce sens, J. Hilaire, « À propos de l'office du juge », *in Auctoritas, Mélanges offerts au professeur Olivier Guillot*, Pups, 2006, p. 784.

fonction et *l'officium judicis* désigne (…) à la fois les conditions que doivent remplir le juge et son rôle dans l'instance »[44].

Plus tardivement, Jacques Normand définit ainsi la notion : « l'office du juge au sens le plus large du terme, désigne la, ou plus exactement les fonctions, la ou les missions, dont le juge est investi, les divers aspects du rôle qui est le sien dans l'ordonnancement juridique. En un sens plus technique, l'office du juge concerne les pouvoirs et les obligations qu'il exerce ou doit respecter dans l'accomplissement des fonctions qui lui sont dévolues. Pouvoirs et obligations qui, en pratique, se déterminent par rapport aux prérogatives et aux charges qui bénéficient ou incombent aux parties »[45]. L'office du juge désigne plus largement la fonction de juger[46]. Pour l'exercer, le juge est investi de pouvoirs et d'obligations : le juge « doit rester fidèle à son devoir (…) mais aussi faire ce que son devoir lui commande »[47]. De la sorte, des objectifs découlent de son office. La visée de « l'office du juge est de réaliser la Justice » ou encore « d'apaiser les conflits »[48].

Eu égard à la multiplicité des buts qui lui est assignée, l'office du juge n'est pas unique ni « unitaire »[49]. En effet, les juges sont investis d'une pluralité d'offices, comme en témoigne les nombreuses recherches effectuées sur le sujet. Les juges ordinaires détiennent, par exemple, un office de juge constitutionnel[50] ou encore un office de juge communautaire[51]. D'ailleurs, le Conseil d'État lui-même utilise cette expression pour « désigner les pouvoirs et devoirs du juge des référés, du juge de cassation, du juge du référé-provision, du juge de plein contentieux »[52] etc[53].

De même, « les différents recours contentieux existant devant le juge administratif français [sont] (…) autant d'offices spécifiques du juge »[54]. De la sorte, chaque saisine du

[44] *Ibid*.
[45] J. Normand, « Office du juge », *in* L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004, p. 925.
[46] C. Malpel-Bouyjou, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, 2014, p. 8. C'est également sur cette définition que se fondent les auteurs dans les actes du colloque : O. Cayla et M.-F. Renoux-Zagamé (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, LGDJ, 2001, 239p.
[47] P. Ourliac, « L'office du juge dans le droit canonique classique », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 627.
[48] D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2012, pp. 8 et 9.
[49] M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », *in Mélanges en l'honneur de Jean Foyer*, Puf, 1997, p. 463.
[50] Ch.-E. Sénac, *L'office du juge constitutionnel, Etude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, 2015, 613p.
[51] R. Tinière, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2008, 682p.
[52] Voir en ce sens la jurisprudence détaillée répertoriée par G. Lebrun, *Office du juge administratif et questions préjudicielles, Recherche sur la situation du juge a quo*, LGDJ, 2017, p. 9.
[53] B. Hachemn identifie également « l'office du juge administratif de l'urgence » dans sa thèse : *L'office du juge des référés en droit de l'urbanisme*, LGDJ, 2014, p. 22.
[54] R. Tinière, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 5.

Conseil constitutionnel correspond à l'exercice d'un office particulier. Les constituants ont expressément prévu ce qu'il devait réaliser pour chaque saisine. Par exemple lorsqu'il est saisi d'un texte sur le fondement de l'article 61, il doit « se prononce[r] sur leur conformité à la Constitution ». Ou encore, en vertu de l'article 37, alinéa 2, le Premier ministre saisit le Conseil constitutionnel de dispositions législatives pour qu'il « déclar[e] qu'[elles] ont un caractère réglementaire ».

En d'autres termes, la Haute instance ne maîtrise pas son office, elle ne dispose pas de marge de manœuvre puisqu'elle ne peut s'évader de l'objet de la saisine. Ceci vaut également pour toutes les juridictions. « L'office du juge se détermine, pour chaque catégorie de juridictions, en termes de compétences fixées par la loi et que le juge ne doit ni déborder ni négliger (…). Le juge voit son office régi par une loi de compétence, différente pour chaque catégorie de juridictions, qui elle-même s'exerce dans la limite des demandes des parties »[55]. Le Conseil constitutionnel est contraint de respecter l'article de la Constitution sur lequel se fonde le saisissant et il n'est pas autorisé à effectuer une autre mission[56] que celle pour laquelle il est saisi. Par exemple, en tant que juge électoral, le Conseil constitutionnel devrait se contenter d'examiner si les contestations du requérant sont fondées[57]. Le cas échéant, il prononcerait une annulation sans juger de la constitutionnalité de la disposition législative applicable au litige.

L'office ne se confond toutefois pas avec la saisine. L'objet de la saisine n'est qu'un point de départ permettant de comprendre quel office du juge est sollicité, quelles règles de procédure seront appliquées et quels pouvoirs le Conseil constitutionnel détient. Plus précisément, la saisine conditionne la décision du Conseil constitutionnel, il est enfermé dans des règles, notamment procédurales, dont il n'est censé pouvoir s'échapper. D'ailleurs, le sigle des décisions le prouve. Chaque décision est estampée d'une ou plusieurs lettres correspondant au fondement de la saisine. L'office regroupe ainsi plusieurs saisines ayant la même visée.

L'étude consiste à analyser le respect, ou plutôt la méconnaissance, par le Conseil constitutionnel de la saisine. Il ne se contente pas d'exercer la seule mission pour laquelle il est

[55] Y. Gaudemet, « Synthèse », *Justice et cassation*, 2010, p. 161.
[56] La notion de « mission » est parfois utilisée pour désigner « l'office du juge ». Voir par exemple : J.-P. Colson, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 12 ou encore J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965, p. 15.
[57] En vertu de l'article 59 de la Constitution « Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs » ou de l'article 58 : « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin ».

saisi. Toutefois, il ne s'agit pas de déterminer s'il est légitime à le faire[58]. L'analyse porte plutôt sur sa jurisprudence et le contenu de ses décisions. Ces dernières ne sont pas cantonnées à l'objet de la saisine mais vont bien au-delà. La saisine permet seulement de connaître quel office du Conseil constitutionnel est sollicité. Pourtant, au sein de la décision, un autre office peut se dévoiler. Dans cette hypothèse, une même décision sollicite plusieurs offices. Mais l'office détenu par le juge n'est pas l'unique signification du terme. « L'office » renvoie aussi à la charge.

2. L'office au sens de charge

L'*officium* se réfère également à la charge ou encore à la fonction. Depuis le haut Moyen-Âge[59], le pouvoir royal était investi d'un *officium* « dont l'unique finalité [était] de réaliser le bien commun du royaume »[60]. Ainsi, l'*officium* fait plus largement référence à l'exercice d'une fonction publique et sert « à désigner toute fonction stable au service de l'État »[61]. Les offices sont multiples et c'est le roi qui confère le titre d'officier en délégant une part de son autorité[62]. Néanmoins, « les officiers du palais, chacun en charge d'un *officium*, (…), servent moins un pouvoir abstrait que la personne même du roi »[63]. Ils agissent essentiellement au nom du roi.

Les officiers souhaitent, par la suite, être prémunis d'une éventuelle destitution et réclament une plus grande protection de leur office. Le pouvoir royal leur concède cela puisque dans une ordonnance de 1467, Louis XI définit trois cas limitatif pour pourvoir un office : la mort, la démission ou la faute grave de l'officier[64]. Ces officiers deviennent ainsi titulaires de leur office et bénéficient d'une « stabilité »[65]. Ils sont alors quasiment inamovibles, et en

[58] Voir sur ce point : D. de Béchillon, « Comment légitimer l'office du juge ? » *in L'office du juge*, Sénat, 2006, p. 470.
[59] Le haut Moyen-Âge ou l'époque franque débute à la chute de l'empire romain d'occident en 476.
[60] J.-L. Harouel, J. Barbey, E. Bournazel et J. Thibault-Payen, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, *op. cit*., p. 330.
[61] F. Saint-Bonnet et Y. Sassier, *Histoire des institutions avant 1789*, 5ème édition, LGDJ, 2015, p. 257.
[62] J.-P. Royer, N. Derasse, J.-P. Allinne, B. Durand e J.-P. Jean, *Histoire de la justice en France du XVIIIème siècle à nos jours*, 5ème édition, Puf, 2016, p. 108.
[63]A. Castaldo et Y. Mausen, *Introduction historique au droit*, 4ème édition, Dalloz, 2013, p. 50.
[64] F. Saint-Bonnet et Y. Sassier, *Histoire des institutions avant 1789*, *op. cit.*, p. 373.
[65] J.-P. Royer, N. Derasse, J.-P. Allinne, B. Durand et J.-P. Jean, *Histoire de la justice en France du XVIIIème siècle à nos jours*, *op. cit*., p. 108.

conséquence, de plus en plus indépendants à l'égard du roi. Ce faisant, « le lien de subordination personnel envers le roi se meut en service impersonnel de la chose publique »[66].

Si dès le XII^{ème} siècle, « la patrimonialité des charges »[67] se met en place, la vénalité des offices n'est admise qu'au XIV^{ème} siècle. Un officier se démet de son office au profit d'un parent ou d'un tiers[68] en échange d'une compensation pécuniaire[69]. À cet égard, le pouvoir royal en tire des avantages financiers[70] puisque « les monarques "vendent" des offices nouveaux ou vacants »[71] ce qui constitue une véritable ressource financière. Ainsi, « l'apogée du système paraît se placer dans la France du XVII^{ème} siècle »[72] avant que les offices ne deviennent héréditaires[73]. Si les statuts des titulaires des offices diffèrent[74], un point commun les caractérise tous : les offices sont détenus par les agents du roi. Chaque officier a, à ce titre, un devoir de conseil[75].

Après la Révolution, le terme office finit par disparaître puisqu'il n'était utilisé « qu'à propos des fonctions érigées en offices ministériels »[76]. Pour autant, le service, effectué par les officiers, était destiné au roi : ils avaient une charge à accomplir au profit du pouvoir royal[77]. Le terme d'office a donc traversé les siècles mais « l'idée matrice, l'univocité, [reste] celle de servir »[78].

De la sorte, lorsqu'il est demandé au Conseil constitutionnel d'exercer une fonction consultative, il est chargé d'aviser le pouvoir exécutif[79]. Il doit le servir en rendant un conseil, comme le fait le Conseil d'État. Cette caractéristique érige la compétence consultative du

---

[66] J.-P. Royer, N. Derasse, J.-P. Allinne, B. Durand et J.-P. Jean, *Histoire de la justice en France du XVIII^{ème} siècle à nos jours*, *op. cit*., p. 108.
[67] B. Basdevant-Gaudemet et J. Gaudemet, *Introduction historique au droit XIII^{ème} – XX^{ème} siècle*, 4ème édition, LGDJ, 2016, p. 54.
[68] La résignation, inspirée de la *resignatio in favorem* pour les bénéfices ecclésiastiques, se développe. Voir en ce sens : F. Saint-Bonnet et Y. Sassier, *Histoire des institutions avant 1789*, *op. cit.*, p. 258.
[69] J. Hilaire, *Histoire du droit*, Dalloz, 2017, p. 178.
[70] Surtout au début du XVI^{ème} siècle.
[71] F. Saint-Bonnet et Y. Sassier, *Histoire des institutions avant 1789*, *op. cit.*, p. 373.
[72] P. Goubert, « Un problème mondial : la vénalité des offices », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, n°2, 1953, p. 212.
[73] A. Castaldo, P.-C. Timbal et Y. Mausen, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 12ème édition, Dalloz, 2004, p. 361.
[74] « Le monde des officiers est très hétérogène ; il existe des hiérarchies en fonction du prix des offices et du prestige social qu'ils confèrent » : voir en ce sens A. Babot, A. Boucaud-Maître et P. Delaigue, *Dictionnaire d'histoire du droit et des institutions publiques*, Ellipses, 2002, p. 314.
[75] A. Castaldo et Y. Mausen, *Introduction historique au droit*, *op. cit*., pp. 286-287.
[76] J. Hilaire, « À propos de l'office du juge », *in Auctoritas, Mélanges offerts au professeur Olivier Guillot*, *op. cit*., p. 782.
[77] J. Hilaire, *Histoire du droit*, *op. cit*., p. 160.
[78] G. Darcy, « Regard elliptique sur l'office du juge », *in Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 291.
[79] Par exemple à l'article 16 de la Constitution : le Conseil constitutionnel conseille le Président.

Conseil constitutionnel en office. Les constituants avaient uniquement prévu l'office de conseiller au service du pouvoir exécutif[80]. La Haute instance a décidé de l'étendre aux pouvoirs publics dans leur ensemble en rendant des recommandations, à l'issue des élections, sans qu'une quelconque demande ait été formulée[81]. Il ne s'agit donc pas d'un *officium judicis* puisqu'il « n'y a bien évidemment juridiction que lorsqu'il y a décision et non pas conseil ou conciliation »[82]. Dans l'exercice de son office consultatif, le Conseil constitutionnel n'est pas un juge.

Deux définitions de l'office enserrent l'analyse. Toutefois, cette dichotomie n'est pas suffisante, elle n'appréhende qu'une partie du sujet en facilitant la compréhension entre le juge et le conseiller. Il apparaît nécessaire de s'attarder sur la singularité des offices du Conseil constitutionnel.

B. L'originalité des offices du Conseil constitutionnel

Les constituants ont confié au Conseil constitutionnel une pluralité d'office. Néanmoins, malgré leur diversité, les quatre offices du Conseil (2) ont principalement été conçus pour rationaliser le parlementarisme (1).

1. Une diversité au service du parlementarisme rationalisé

Si cette institution neuve a été créée pour rompre avec les échecs passés, force est de constater que les parlementaires sont sous surveillance. Pierre Avril, à la fin des années 1970, affirme même que « l'intervention [du Conseil constitutionnel] était exclusivement destinée à

[80] Dans le cadre de l'organisation d'un référendum, en vertu de l'article 46 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, publiée au *Journal officiel* du 9 novembre 1958 p. 10129 : « Le Conseil constitutionnel est consulté par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum. Il est avisé sans délai de toute mesure prise à ce sujet ».
Aussi, pour l'organisation de l'élection présidentielle conformément au III de l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publiée au *Journal officiel* du 7 novembre 1962, p. 10762 : « III. – Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations et examine les réclamations dans les mêmes conditions que celles fixées pour les opérations de référendum par les articles 46, 48, 49, 50 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ».
[81] Décision n° 74-33 PDR du 24 mai 1974, Déclaration du Conseil constitutionnel (à l'occasion de la proclamation des résultats de l'élection présidentielle de 1974), Recueil p. 57.
[82] S. Rials, « L'office du juge », *Droits*, 1989, p. 9.

maintenir les assemblées dans les limites étroites de la plus restrictive des interprétations constitutionnelles, tandis que l'exécutif faisait triompher unilatéralement, sans recours ni contrôle, la conception la plus extensive de ses propres attributions »[83]. Évidemment, la répartition des compétences normatives dont est investie la Haute instance, en vertu des articles 37, alinéa 2 et 41 de la Constitution, répond à un tel objectif. Le contrôle de constitutionnalité obligatoire des règlements des chambres et des lois organiques ainsi que l'examen facultatif de conformité des lois ordinaires à la Constitution sont d'autres illustrations de cette volonté. Quant au contrôle des élections des parlementaires, il y contribue incontestablement. Avant 1958, les chambres contrôlaient elles-mêmes la régularité de l'élection de ses membres. Ce système de vérification des pouvoirs conférait aux parlementaires une certaine « indépendance »[84]. En France, cette pratique datait de 1789[85]. Elle permettait de « mettre les Parlements à l'abri des gouvernements » qui pourraient tenter « un coup de force »[86].

Toutefois, cette technique était douteuse. Déjà sous la III[ème] République, Eugène Pierre affirmait que « la Chambre statuant en matière de vérification des pouvoirs n'[était] liée ni par le texte des lois ni par les décisions du suffrage universel. Elle [était] souveraine, d'une souveraineté absolue et sans réserves »[87]. Les chambres abusaient parfois de leur pouvoir en acceptant l'élection de membres frappés d'inéligibilité ou en refusant l'élection d'un membre arrivé en tête[88]. De la sorte, les élections des chambres étaient assorties de faibles garanties démocratiques et ne respectaient pas véritablement l'expression des voix populaires. Le scandale de 1956 en témoigne : à l'occasion du scrutin du 2 janvier, onze députés poujadistes sur les cinquante-trois ont vu leur élection invalidée. Or, ces invalidations n'ont pas conduit à

[83] P. Avril, *Le régime politique de la V[ème] République*, LGDJ, 1979, p. 144.
[84] B. Daugeron, « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : la "vérification des pouvoirs", histoire et théorie », *NCCC*, n°41, 2013, p. 20.
[85] Articles 2 et 10 du règlement du 13 juin 1789. Voir en sens : E. Pierre, *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, Tome 1, Loysel, 1989, p. 404.
Voir en ce sens R. Chapus, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Les cours de droit, *op. cit.*, p. 643 : « les États généraux étaient des assembles de mandataires, au sens propre du mot, et naturellement vérifiaient si ces mandataires étaient porteurs de "pouvoirs" réguliers et avaient en conséquence le droit de siéger ».
[86] M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9[ème] édition, Puf, 1966, p. 648.
[87] E. Pierre, *Traité de droit politique électoral et parlementaire, op. cit.*, p. 412.
[88] Eugène Pierre se réfère à l'élection d'Auguste Blanqui qui est élu le 20 avril 1879. Ce dernier voit son élection invalidé pour cause d'indignité le 28 février 1882. E. Pierre, *Traité de droit politique électoral et parlementaire, op. cit.*, p. 412.

des élections partielles mais au remplacement des députés élus[89] par la proclamation de l'élection de leurs adversaires[90].

En 1958, indignés par le pouvoir que s'octroyaient les chambres, les constituants ont décidé de leur retirer le contrôle des élections de ses membres. Le régime de vérification des pouvoirs était, selon eux, « définitivement condamné »[91]. Sous la Vème République, ce mécanisme a été abandonné, le contrôle des opérations électorales des parlementaires se voit désormais confié au Conseil constitutionnel. L'objectif, en somme, est de restreindre par tous moyens les pouvoirs des parlementaires.

Le droit comparé prouve que les juridictions constitutionnelles ne sont pas compétentes, le plus souvent, pour vérifier la régularité des élections parlementaires. Nombreux sont les États qui optent pour le système de vérification des pouvoirs. Si la Grande-Bretagne adoptait cette technique jusqu'en 1868[92], la Belgique[93], le Luxembourg[94], les États-Unis[95] ou encore l'Italie[96] continuent de l'appliquer. Dans certains pays en revanche, à l'instar de l'Allemagne, les chambres contrôlent les élections de ses membres en première instance mais il est possible d'interjeter appel devant la juridiction constitutionnelle[97]. Pour d'autres encore, le contrôle appartient aux juridictions judiciaires, comme c'est le cas en Grande-Bretagne[98] ou en

[89] « Un radical et un socialiste remplacent les poujadistes élus dans le Rhône et l'Ardèche », *Le Monde*, 20 avril 1956.
[90] B. Daugeron « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : la "vérification des pouvoirs", histoire et théorie », art. cité, p. 17.
[91] Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 1er juillet 1958 établi par François Luchaire, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume I, *op. cit.*, p. 324.
[92] Avec le *Parliamentary Elections Act*, voir en ce sens J. Gicquel, « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *NCCC*, n°41, 2013, p. 195.
[93] En vertu de l'article 48 de la Constitution belge de 1831 révisée : « chaque chambre vérifie les pouvoirs de ses membres et juge les contestations qui s'élèvent à ce sujet ».
[94] Article 57 de la Constitution du Grand-Duché du Luxembourg de 1868 « La Chambre vérifie les pouvoirs de ses membres et juge les contestations qui s'élèvent à ce sujet ».
[95] Article premier, Section 5 de la Constitution américaine de 1787 « 1. Chaque chambre sera juge de l'élection de ses membres, du nombre de voix qu'ils ont obtenues et de leur éligibilité ; la majorité, dans chaque chambre, sera nécessaire pour que les délibérations soient valables ; mais un nombre inférieur pourra ajourner la séance de jour en jour et pourra être autorisé à exiger la présence des membres absents par tels moyens et sous telles pénalités que la chambre pourra décider ».
[96] Article 66 de la constitution italienne de 1947 : « Chaque chambre juge des titres d'admission de ses membres et des causes d'inéligibilité et d'incompatibilité qui surviendraient *a posteriori* ».
[97] La Cour constitutionnelle est compétente en appel des décisions du Bundestag. Paragraphe 13 de la première partie sur la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale (*Journal officiel* de la République fédérale d'Allemagne, I, p.1473), amendée par la Loi du 29 août 2013, entrée en vigueur le 4 septembre 2013 (*Journal officiel* de la République fédérale d'Allemagne, I, p.1823) : La Cour statue sur « les recours contre les décisions du Bundestag relatives à la validité d'une élection ou à l'obtention ou à la perte de qualité de membre du Bundestag ».
L'article 41, alinéas 1 et 2 de la Loi fondamentale dispose que : « Le contrôle des élections relève du Bundestag. Il lui appartient également de constater que l'un de ses membres a perdu la qualité de député.
Un recours est ouvert devant la Cour constitutionnelle fédérale contre la décision du Bundestag ».
[98] Chapitre 218 du *Parliamentary Elections Act.*

Espagne[99]. Parfois, un tribunal spécialisé au sein du pouvoir judiciaire[100] est créé tel qu'au Brésil[101], au Mexique[102] ou au Pérou[103]. Quant au Portugal, « les tribunaux de première instance »[104] sont compétents pour connaître des requêtes en matière électorale. Toutefois, le Tribunal constitutionnel portugais intervient notamment[105] pour statuer en appel et en dernier ressort[106] sur les contestations relatives à la régularité des opérations électorales parlementaires[107]. Les compétences de la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche[108] sont, quant à elles, celles qui se rapprochent le plus des attributions confiées au Conseil constitutionnel. En effet, elle statue sur les réclamations relatives aux élections des parlementaires. Enfin, s'agissant du continent africain, bon nombre d'entre eux[109] ont adopté le

[99] Selon l'article 70 de la Constitution espagnole : « La validité des mandats et des accréditations des membres de chaque chambre est soumise au contrôle judiciaire, selon les termes établis par la loi électorale. » (Traduction du site internet de l'Université de Perpignan : mjp.univ-perp.fr).
Certes il est possible d'opérer un recours d'*amparo* devant juridiction constitutionnelle mais il ne peut être assimilé à un recours en cassation, il ne sert en réalité qu'à garantir les droits constitutionnels des citoyens. *Cf.* J. José Solozabal Echavarria, « Espagne », *AIJC*, 2004, p. 123.

[100] Celui-ci est assimilé à « un authentique pouvoir public, garant du respect de l'expression de la volonté du peuple souverain » selon J. Gicquel, « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », art. cité, p. 197.

[101] Section IV du chapitre III « du pouvoir judiciaire » du titre IV de la Constitution brésilienne.

[102] Article 99, alinéa 4 de la Constitution du Mexique de 1917 : « Il incombe au Tribunal électoral de trancher de manière définitive et inattaquable, aux termes de la présente Constitution et dans les conditions prévues par la loi sur (…) les contestations des élections fédérales des députés et des sénateurs » (Traduit par Francisco Tortolero Cervantes : http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/CPM_FRANCES.pdf).

[103] Article 178 de la Constitution péruvienne de 1993 : « C'est au Jury national des élections de : contrôler la légalité de l'exercice du droit de vote et de l'exécution des procédures référendum et autres consultations populaires (…) ; veiller au respect des règles relatives aux organisations politiques et autres organisations les dispositions relatives aux questions électorales ; administrer la justice en matière électorale ; proclamer les candidats élus ; le résultat du référendum ou celui d'autres types d'élections et délivrer les pouvoirs appropriés ».

[104] P. Bon, « Le fonds commun européen », *in La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, 1989, p. 101.

[105] La juridiction constitutionnelle est également chargée de « statuer, à la demande des députés, (…) sur les recours relatifs à la déchéance de leur mandat et aux élections réalisées au sein de l'Assemblée de la République et des assemblées législatives des régions autonomes » en vertu de l'article 223g de la Constitution du Portugal de 1976.

[106] Article 101 de la loi n°28/82 relative au Tribunal constitutionnel du 15 novembre 1982.

[107] S. Pinon, *Les systèmes constitutionnels dans l'Union européenne*, Larcier, 2015, p. 239.

[108] « La Haute Cour constitutionnelle statue sur les contestations d'élections au Conseil national, au Conseil des Provinces et des professions, aux Diètes provinciales et à toutes les autres assemblées représentatives, et, à la requête d'une de ces assemblées, sur la déclaration de perte de mandat de l'un de leurs membres » conformément à l'article 141 de Loi constitutionnelle fédérale d'Autriche de 1920, révisée en 1929.
L'article 24 de Loi constitutionnelle fédérale d'Autriche de 1920 précise que « la fonction législative fédérale est exercée par le Conseil national (Nationalrat) conjointement avec le Conseil des provinces et des professions »
(Traduction du site internet de l'Université de Perpignan : mjp.univ-perp.fr).

[109] Par exemple, la Constitution de la République du Bénin de 1990 dispose en son article 117 que « la Cour Constitutionnelle : (…) statue, en cas de contestation, sur la régularité des élections législatives ».
C'est le cas, également, de la Constitution camerounaise de 1996 qui prévoit à l'article 48, alinéas 1 et 2 que « le Conseil Constitutionnel veille à la régularité de l'élection présidentielle, des élections parlementaires, des consultations référendaires. Il en proclame les résultats. En cas de contestation sur la régularité de l'une des élections prévues à l'alinéa 1 ci-dessus, le Conseil Constitutionnel peut être saisi par tout candidat, par tout parti politique ayant pris part à l'élection dans la circonscription concernée ou toute personne ayant qualité d'agent du Gouvernement pour cette élection ».
Aussi, la Constitution du Burkina Faso de 1991 dispose en son article 154, alinéa 2 : « le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection ou de la nomination des membres du Parlement ».

système français issu de la Constitution de 1958, la doctrine l'explique en raison du « mimétisme » [110] constitutionnel. Ainsi, les États ayant doté leur juridiction constitutionnelle du contrôle de la régularité des opérations électorales parlementaires ne sont pas pléthoriques. Sans prétendre à l'exhaustivité, cet énoncé prouve que le contentieux électoral en matière d'élections parlementaires est loin d'être systématiquement du ressort des juridictions constitutionnelles. Même si la France ne fait pas figure d'exception, l'essor des juridictions constitutionnelles n'a pas coïncidé avec le fait de leur confier une compétence en matière de contentieux des élections parlementaires.

Les constituants de 1958 ont surtout opéré un tel choix pour des raisons d'opportunité. Si « le système de la vérification des pouvoirs (…) permet à la majorité d'abuser de sa force au détriment de la minorité »[111], « il n'en reste pas moins que la mesure se situe dans le cadre général des dispositions destinées à restreindre les prérogatives du Parlement »[112]. En 1958, doter le Conseil constitutionnel d'une telle compétence contribue, une fois encore, à surveiller les parlementaires. Le Conseil constitutionnel devait « maintenir les assemblées dans leur "corset" constitutionnel et organique »[113]. Sa première et principale mission était d'asservir les parlementaires pour les rendre obéissants et disciplinés.

En outre, bien que la Haute juridiction détienne de nombreuses compétences, ses autres attributions résultent plus d'un concours de circonstances. Le contentieux de l'élection présidentielle, par exemple, lui a été confié par « hasard »[114]. François Luchaire l'a annoncé : « au moment où on allait limiter les pouvoirs du Parlement, il fallait un organe de contrôle (…) par la suite, il est exact que, l'organisme était dans nos idées, chaque fois que nous avions un problème, nous pensions à lui. (…) L'idée première était bien la limitation du Parlement, et le reste est venu ensuite parce qu'on avait un organisme et qu'il était bien normal de s'en servir »[115].

Le Gabon précise aussi, à l'article 84 de la Constitution de 1991 que : « la Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur : (…)- la régularité des élections présidentielles, parlementaires, des collectivités locales et des opérations de référendum dont elle proclame les résultats ».

[110] J. Gicquel, « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », art. cité, p. 196.

[111] M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1921, p. 159, note 1.

[112] M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 648.

[113] A.-M. Le Pourhiet, « Les armes du juge constitutionnel dans la protection des libertés fondamentales », *RGD*, 2016, p. 6.

[114] I. Richir, *Le Président de la République et le Conseil constitutionnel*, Puf, 1998, p. 134.

[115] Propos de Raymond Janot *in* D. Maus, L. Favoreu et J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992, p. 504.

Si les compétences de chaque juridiction constitutionnelle est le produit de l'histoire d'un État[116], le Conseil constitutionnel trouve, quant à lui, son origine dans la volonté de mettre fin à l'hégémonie parlementaire des Républiques précédentes. Ses attributions originelles n'ont, pour la plupart, qu'une seule visée : la rationalisation du parlementarisme.

Pourtant, de nombreux États[117] ont adopté des mécanismes visant à discipliner les parlementaires pour « limiter les risques de conflits institutionnels »[118] mais tous n'ont pas créé une juridiction constitutionnelle. Le Royaume-Uni[119] ou encore les Pays-Bas[120] en sont deux illustrations. Pour les autres États, si l'institution d'une juridiction constitutionnelle concourt à freiner la suprématie du Parlement, cela ne constitue pas leur principale raison d'être. Par exemple, pour l'Allemagne ou l'Italie, « non seulement les armes détenues dans le processus législatif par le Gouvernement ne sont pas surreprésentées dans les chartes suprêmes (…) mais la protection des dispositions relatives à la procédure législative n'est pas la raison essentielle de la création des cours constitutionnelles »[121]. Pour ce qui est de l'Espagne ou encore du Portugal, ces pays se sont surtout dotés d'un tribunal constitutionnel en vue d'édifier un État de droit. Pour eux, « l'imbrication entre justice constitutionnelle et démocratie est particulièrement nette (…) qui, comme l'Italie et l'Allemagne auparavant, mettent en place un système de contrôle de constitutionnalité, au sortir de périodes de dictature »[122]. De même, s'agissant de la juridiction constitutionnelle belge, celle-ci a originellement été créé pour régler les conflits de compétences eu égard à la forme fédéral de l'État[123]. L'établissement du Conseil constitutionnel est original eu égard à sa vocation première. « Le pseudo contrôle juridictionnel [qu'il] opère

[116] Par exemple, la Cour constitutionnelle allemande est en mesure d'interdire un parti politique « qui, d'après ses buts ou le comportement de ses membres, tend à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral, ou à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne » conformément à l'article 21 de la Loi fondamentale.

[117] Bien que la liste ne soit pas exhaustive, ces États d'Europe ont adopté des mécanismes du parlementarisme rationalisé : l'Allemagne, l'Italie, le Royaume-Uni, l'Espagne, le Portugal, la Grèce, le Danemark, la Belgique ou même encore les Pays-Bas. Voir en ce sens : H. Portelli, *Droit constitutionnel*, 12ème édition, Dalloz, 2017, pp. 106-107.

[118] L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffini, *Droit constitutionnel*, 21ème édition, Dalloz, 2019, p. 421.

[119] H. Muir-Watt, « Le problème du "constitutional review" : le modèle du Royaume-Uni », *CCC*, n°24, 2008, p. 97.

[120] C. Kortmann, « Le juge et le contrôle de constitutionnalité aux Pays-Bas », *CCC*, n°21, 2007, disponible à l'adresse :
https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-juge-et-le-controle-de-constitutionnalite-aux-pays-bas.

[121] C. Vintzel, *Les armes du Gouvernement dans la procédure législative*, *op. cit.*, p. 31.

[122] L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffini, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 265.

[123] « En d'autres termes, si, à partir de 1970, la Belgique n'était pas devenue un État fédéral, elle serait peut-être encore, comme des États plus nordiques, dans l'attente d'une cour constitutionnelle. » selon F. Delpéré, « Présentation de la Cour d'Arbitrage de Belgique », *CCC*, n°12, 2002, p. 61.

couronne, en quelque sorte, l'énumération des dispositions tendant à l'effacement des assemblées »[124].

Néanmoins, la raison de sa création n'aura pas survécu. À partir des années 1970, il se transforme[125] et abandonne son image d'auxiliaire du Gouvernement. Il ne lui aura fallu qu'une douzaine d'années pour cesser d'incarner exclusivement cet outil au service de la rationalisation du parlementarisme. Le départ du Général de Gaulle a doté le Conseil constitutionnel d'une plus grande indépendance[126]. Cette subordination n'était certes pas juridique[127] mais elle constituait plutôt une contrainte inavouable pesant sur les membres du Conseil[128]. Léon Noël l'a d'ailleurs admis implicitement : le Général de Gaulle a encouragé le Conseil constitutionnel à respecter expressément les attributions qui lui étaient constitutionnellement données[129]. De la même façon, dans une lettre datée du 11 juillet 1968 adressée à Gaston Palewski, le Général de Gaulle refusait explicitement d'étendre les missions du Conseil constitutionnel[130]. Ainsi, ce n'est qu'à compter du départ du « premier constituant de France »[131] que s'est amorcée la mutation de la Haute instance.

Les quatre offices du Conseil constitutionnel ont donc été pensés pour servir le pouvoir exécutif.

2. Les quatre offices du Conseil constitutionnel

[124] P. Avril, *Le régime politique de la V^ème^ République*, *op. cit.*, p. 144.
[125] La décision du 16 juillet 1971 (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, *Journal officiel* du 18 juillet 1971, p. 7114) est un premier pas en ce sens. Elle a permis de « démontrer, la première fois que l'occasion se présentait devant lui, qu'il ne donnait pas systématiquement raison au gouvernement ». De la même façon, la révision constitutionnelle de 1974 (loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution, publiée au *Journal officiel* du 30 octobre 1974 p. 11035) est considérée comme « acheva[nt] la mutation de ce dernier ». Voir en ce sens P. Avril et J. Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, 6ème édition, Montchrestien-Lextenso édition, 2011, pp. 39 et 50.
[126] G. Vedel va jusqu'à admettre que le départ de de Gaulle à la magistrature suprême « rendait possible une initiative que sa présence interdisait ». P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, Puf, 1997, p. 4.
[127] Jean Gilbert-Jules, à ce propos, précisait que « les membres (…) [doivent] être absolument intouchables ». Il ajoutait qu'il ne fallait pas « qu'ils exercent une fonction publique ou une activité privée salariée qui fasse mettre en doute leur objectivité ou leur impartialité » voir en ce sens *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 171.
[128] La contrainte est d'ailleurs considérée comme un critère juridique en sociologie juridique. Voir en ce sens J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 2ème édition, Puf, 2004, p. 322.
[129] L. Noël, *De Gaulle et les débuts de la V^ème^ République, 1958-1965*, *op. cit.*, p. 38.
[130] Ch. de Gaulle, *Lettres, notes et carnets, juillet 1966 – avril 1969*, Plon, 1987, p. 227.
[131] Voir en ce sens : L. Hamon, *Les juges de la loi, Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Fayard, 1987, p. 167.

Les offices du Conseil constitutionnel ne se confondent pas avec ses attributions. Il s'agit plutôt d'agglomérer plusieurs compétences au sein d'un même office car leur dessein est identique. Tel un « schizophrène »[132], le Conseil constitutionnel n'exerce pas les mêmes attributs selon l'article en vertu duquel il est saisi.

La doctrine a déjà tenté d'opérer une classification. Le Conseil constitutionnel est assimilé à « une autorité constitutionnelle »[133] ou à « un garant des institutions »[134] lorsqu'il est compétent pour déclarer la vacance du Président de la République ou pour donner son avis sur la réunion des conditions de l'article 16 de la Constitution. L'objectif des constituants, en lui octroyant de telles missions, était évidemment de préserver les institutions puisqu'au même titre que le Président de la République, il est gardien de la Constitution[135]. Néanmoins, il s'agit de mener une réflexion plus large et de réunir davantage de missions qui lui sont assignées. Une énumération des offices apparaît en ce sens indispensable. Le Conseil constitutionnel détient un office de juge de la constitutionnalité (a), un office de juge électoral (b), un office de juge de la répartition des compétences normatives (c) et un office de conseiller qui n'exerce pas une fonction juridictionnelle mais recommande ou avertit (d).

a. L'office de juge de la constitutionnalité

Le Conseil constitutionnel, dans le cadre de son office de juge de la constitutionnalité, est chargé du respect du texte constitutionnel en contrôlant la conformité à la Constitution. L'examen de constitutionnalité est assuré par le juge de la constitutionnalité. Ce dernier prend une « norme constitutionnelle pour paramètre de [ses] décisions »[136].

Cet office n'est pas uniquement exercé lorsque le Conseil constitutionnel censure une disposition législative ou lorsqu'il juge que l'adoption d'un traité nécessite une révision constitutionnelle. Pour autant, il ne faut pas minimiser le pouvoir de censure que la Haute instance détient lorsqu'elle est saisie sur le fondement des articles 61 et 61-1 de la Constitution.

---

[132] J.-E. Gicquel, « Le Conseil constitutionnel et le mandat parlementaire », *NCCC*, n° 38, 2013, p. 69.
[133] M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel*, Dalloz, 2016, p. 172 ; voir aussi M. Verpeaux et B. Mathieu, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 7.
[134] G. Vedel, « Rapport général introductif » *in* L. Favoreu (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *op. cit*., p. 39.
[135] Propos de René Dejean, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume I, *op. cit*., p. 328.
[136] G. Tusseau, « Le pouvoir des juges constitutionnels » *in* M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, Dalloz, 2012, p. 176.

Cette « sanction [est] (…) le seul critère sûr, en droit positif, de la hiérarchie des normes et c'est pourquoi cette hiérarchie n'est vraiment complète et effective que depuis qu'il existe un [Conseil] constitutionnel »[137]. Dans cette hypothèse, le juge de la constitutionnalité censure une disposition inconstitutionnelle. Ainsi, une complétude des pouvoirs du juge de la constitutionnalité est constatée et se manifeste dans les décisions « DC »[138], « QPC »[139], voire celles prises dans le cadre du contentieux électoral à l'occasion desquelles une QPC[140] est soulevée[141].

Cependant, dans certaines circonstances, un examen de constitutionnalité apparaît, voire un constat d'inconstitutionnalité. Pour autant, aucune censure n'en découle. Or, en dehors des articles 61 et 61-1 de la Constitution, un contrôle de constitutionnalité ne doit pas être réalisé par le Conseil constitutionnel. Pour autant, il en opère parfois un. Dans ce cas, le plus souvent, tous les attributs de l'office du juge de la constitutionnalité ne sont pas déployés. Cet office se rend visible sans utiliser l'ensemble des éléments qui y sont attachés. Par exemple, le Conseil constitutionnel admet l'inconstitutionnalité d'un acte[142] alors que la décision ne contient pas les conséquences de cette inconstitutionnalité[143] puisqu'il ne censure pas. Toutefois, en se dévoilant, il jette l'opprobre sur l'acte en cause, il met en exergue son inconstitutionnalité. L'avertissement d'inconstitutionnalité rend visible son office de juge de la constitutionnalité. De même, dans ses observations en matière électorale, alors qu'il ne doit que conseiller, il arrive que l'inconstitutionnalité d'une disposition législative soit déclarée[144]. Le cas échéant, ce n'est pas uniquement l'office consultatif qui est perceptible mais aussi le juge de la constitutionnalité bien que dénué de son pouvoir de censure.

[137] L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n°13, 1991, p. 20.
[138] Décisions de conformité rendues sur le fondement de l'article 61 de la Constitution.
[139] Décisions Question Prioritaire de Constitutionnalité rendues sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution.
[140] Depuis 2012 (décision n° 2011-4539 SEN du 12 janvier 2012, Sénat, Essonne, *Journal officiel* du 14 janvier 2012, p. 751, texte n° 92), le juge électoral accepte de contrôler la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit.
[141] Il peut donc s'agir des décisions, « SEN », « AN » (depuis la décision n° 2012-4563/4600 AN du 18 octobre 2012, A.N., Hauts-de-Seine (13ème circ.), *Journal officiel* du 19 octobre 2012, p. 16298, texte n° 59) ou de décisions « PDR » (Décision n° 2017-166 PDR du 23 mars 2017, Réclamation présentée par M. Jacques Bidalou, *Journal officiel* n°0072 du 25 mars 2017 texte n° 75).
[142] Il peut s'agir d'un acte administratif (décret, arrêté, etc), d'une mesure présidentielle ou d'une loi.
[143] F. Luchaire, « Douze bizarreries constitutionnelles – bien françaises » *in Le nouveau constitutionnalisme - Mélanges en l'honneur de Gérard Conac,* Economica, 2001, p. 158.
[144] Voir en ce sens, par exemple, la décision n° 2008-24 ELEC du 29 mai 2008, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2007, *Journal officiel* du 4 juin 2008, p. 9205, texte n° 72.

Le Conseil constitutionnel n'est toutefois pas le seul à opérer un contrôle de constitutionnalité. L'instauration de la Haute instance a, en effet, crée une « dynamique favorable à la protection de la Constitution par l'ensemble des juges, qui (…) [vérifient] la constitutionnalité des actes juridiques soumis à leur contrôle, pour éventuellement les censurer »[145]. Les juges administratifs et judiciaires effectuent, eux aussi, un contrôle de constitutionnalité des actes non législatifs. La pratique française est contraire au cas allemand où la Cour constitutionnelle de Karlsruhe est la seule compétente pour les questions constitutionnelles[146]. Le juge ordinaire contribue ainsi au respect la hiérarchie des normes tout en refusant de contrôler la loi vis-à-vis du bloc de constitutionnalité. Ce refus résulterait de l'article 10 de la loi des 16 et 24 août 1790[147] ainsi que de l'article 61 de la Constitution. En effet, l'interdiction faite aux juridictions judiciaires de s'immiscer dans les affaires de l'administration et le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois confié au Conseil constitutionnel constituent des « prescriptions univoques et irrémédiables [qui] cerneraient le juge ordinaire de toutes parts »[148].

Les juges administratifs et judiciaires détiennent ainsi un office de juge constitutionnel si l'on se place du point de vue de la norme de référence, « [en s'évadant] de ce monologisme méthodologique hérité, pour partie, du tropisme légicentriste »[149]. Le juge administratif impose à l'administration de respecter le texte constitutionnel. Pour qu'une norme constitutionnelle soit d'applicabilité directe, il faut qu'elle soit suffisamment complète, c'est-à-dire précise[150]. Si l'acte administratif méconnaît la Constitution, il est annulé dans le cadre d'un recours par voie d'action ou écarté dans le cadre d'un recours par voie d'exception devant le juge administratif ou le juge répressif[151]. Le juge administratif vérifie dans certaines circonstances[152], la

---

145 A. Derrien, *Les juges français de la constitutionnalité, étude sur la construction d'un système contentieux, Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation : trois juges pour une norme*, Bruylant, 2003, p. 16.

146 A. Derrien, *Les juges français de la constitutionnalité, étude sur la construction d'un système contentieux, Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation : trois juges pour une norme*, Bruylant, 2003, p. 16

147 « Les Tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture ».

148 J. Bonnet, *Le juge ordinaire et le contrôle de constitutionnalité des lois*, Dalloz, 2009, p. 33.

149 Ch.-E. Sénac, *L'office du juge constitutionnel, Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, *op. cit*., p. 16.

150 F. Melleray, « La Constitution : norme d'application directe par le juge : conditions et limites » *in* G. Drago (dir.) *L'application de la constitution par les cours suprêmes, Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Dalloz, 2007, p. 19.

151 P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, 12ème édition, LGDJ, 2018, p. 61.

152 Seulement si la théorie de la loi-écran ne s'applique pas. Ce concept résulte de deux célèbres arrêts rendus par la juridiction administrative suprême : CE, 6 novembre 1936, *Arrighi* et *Dame veuve Coudert*, Lebon p. 966. D'après cette théorie, un acte administratif, se bornant à tirer les conséquences d'une loi inconstitutionnelle, est par ricochet inconstitutionnel. La loi transmet son inconstitutionnalité à l'acte. Dans ces circonstances, le juge administratif ne peut pas annuler l'acte administratif puisque l'inconstitutionnalité provient de la loi. S'il annulait

constitutionnalité d'un acte administratif[153]. Il estime, par exemple, que les actes administratifs contraires au principe d'égalité devant la loi[154], à l'égal accès aux emplois publics fondé sur l'article 6 de la DDHC[155] ou encore à la liberté fondamentale d'aller et venir[156] sont illégaux. Ainsi, il contribue à la protection du texte fondamental.

En se plaçant du côté de la norme de référence et non des actes contrôlés[157], l'office de juge constitutionnel est également assuré par les juridictions ordinaires. Dans cette hypothèse, le contrôle de constitutionnalité centralisé n'est pas remis en cause. La perspective est différente puisqu'il s'agit de s'attarder sur la norme contrôlée : l'unique organe compétent pour censurer les actes du législateur reste le Conseil constitutionnel[158]. Avec l'avènement de la QPC, les juridictions ordinaires restent des filtres[159], même si parfois elles sont plus réfractaires à transmettre certaines questions[160], et ne peuvent censurer un acte législatif. Toutefois, grâce à l'instauration du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, « les juridictions ordinaires réceptionnent, davantage qu'auparavant semble-t-il, les interprétations de la Constitution formulées par la Haute instance »[161].

L'office de juge constitutionnel appartient ainsi à toutes les juridictions. En revanche, la mission de gardien de la Constitution du Conseil constitutionnel est distincte. « Même si le Conseil constitutionnel ne s'est pas expressément auto-qualifié d'interprète privilégié de la Constitution, il est évident que ce titre découle nécessairement de son statut de (…) juge naturel de la Constitution »[162]. La Haute instance incarne, seule, en France, la justice constitutionnelle.

---

l'acte administratif, ceci reviendrait à opérer un contrôle de constitutionnalité de la loi alors qu'il s'y refuse. L'acte administratif bénéficie alors d'une sorte d'immunité (Pour une application récente de l'écran-législatif : CE, *Ass.*, 12 juillet 2013, *Fédération nationale Pêche France*, Requête n° 344522).
Toutefois, l'écran législatif peut devenir « transparent » (R. Abraham, « Le contrôle de constitutionnalité opéré par le juge administratif et la théorie de la "loi – écran". Conclusions sur CE, 17 mai 1991, *Quintin* », *RDP*, 1991, p. 1429) voire disparaître lorsque le vice de constitutionnalité est inhérent au décret. De telle sorte que même si ce dernier a été pris en application d'une loi, il encourt la censure.

[153] Pour un exemple dans ce sens : CE, 17 mai 1991, *Quintin*, Requête n°100436.

[154] Pour un exemple : CE, 27 juillet 2005, *Louis c. Ministre de l'Outre-mer*, Requête n°270833.

[155] CE, Ass., 16 décembre 1988, *Bleton*, Requête n°77713.

[156] CE, Ass., 8 avril 1987, *Peltier*, Requête n°55895.

[157] Ch.-E. Sénac, *L'office du juge constitutionnel, Etude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, *op. cit.*, p. 16.

[158] M. Disant, « Les rapports entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire. Voies et capacité de régulation interne au prisme des rapports entre ordres juridiques. » *in* B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 726.

[159] S.-J. Liéber et D. Botteghi « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355.

[160] A. Roblot-Troizier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *RFDA*, 2011, p. 691 ; G. Drago, « La Cour de cassation, juge constitutionnel », *RDP*, 2011, p. 1438.

[161] Ch.-E. Sénac, *L'office du juge constitutionnel, Etude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, *op. cit.*, p. 114.

[162] T. Di Manno « Les divergences de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires suprêmes » *in Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 193.

« Au sens organique, c'est l'institution chargée d'assurer la suprématie juridique de la constitution. Du point de vue du critère matériel, c'est l'activité de contrôle de la conformité à la Constitution des actes qui lui sont subordonnés »[163]. La visée de la justice constitutionnelle est d'assurer une « mission spécifique [qui] consiste à préserver les valeurs proclamées par la Constitution et à garantir le bon fonctionnement des institutions »[164]. L'expression « juge de la constitutionnalité » est donc privilégiée pour mettre en exergue le caractère singulier de la fonction dévolue au Conseil constitutionnel[165]. Pour autant, il ne s'agit pas de contester le rôle des juridictions ordinaires qui préservent, elles aussi, le texte constitutionnel.

L'office de juge de la constitutionnalité du Conseil constitutionnel s'est progressivement imposé dans de nombreuses décisions. À ce titre, le juge électoral a, lui aussi, accepter son immixtion.

b. L'office de juge électoral

Le juge électoral est compétent pour les scrutins nationaux : l'élection présidentielle[166], le référendum[167] et les élections parlementaires[168], à savoir les élections législatives[169] et les élections sénatoriales[170]. Cette « institution neuve (…) se voit attribuer un contentieux neuf »[171]. Le contentieux électoral est singulier « puisqu'il touche au résultat collectif, donc politique, qui découle de l'exercice d'un droit individuel. Ceci conduit à veiller autant au respect du droit

[163] G. Drago, « Justice constitutionnelle », *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2014, p. 906.
[164] G. Drago, « Justice constitutionnelle », *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2014, p. 906.
[165] D'autres préfèrent utiliser l'expression « de juge constitutionnel » (D. Rousseau, « L'office du juge constitutionnel », *Justice et Cassation*, 2010, p. 69).
[166] Le Conseil constitutionnel est compétent pour le contentieux relatif à l'élection présidentielle, en vertu de l'article 58 de la Constitution : « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin ».
[167] L'article 60 de la Constitution consacre la compétence du Conseil constitutionnel en matière référendaire : « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats ». Des décisions REF sont alors rendues.
[168] Les décisions ELEC sont relatives au contentieux des élections mais ne visent pas une élection d'une circonscription déterminée contrairement aux décisions AN ou SEN. Il s'agit notamment du contentieux des actes préparatoires aux élections parlementaires qui est répertorié sous ce sigle.
[169] En vertu de l'article 59 de la Constitution : « Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs ». À ce titre, des décisions AN sont rendues lorsque le contentieux relève des élections législatives.
[170] Conformément à l'article 59 de la Constitution, la Haute instance est compétente pour le contentieux relevant de l'élection des sénateurs, ses décisions sont dénommées SEN.
[171] G. Dumortier, « La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral : sous les pavés, la plage ? », *NCCC*, n°41, 2013, p. 468.

individuel de vote qu'à la régularité des résultats issus de l'expression de ce droit »[172]. Juge des élections nationales, le Conseil constitutionnel est doté d'une compétence particulièrement étendue. Néanmoins, elle ne l'est que parce que le constituant ou le législateur organique l'en a doté. Il refuse de statuer par exemple sur la régularité de l'élection du vice-président de l'Assemblée nationale[173].

Le juge électoral intervient en amont et en aval des scrutins. En plus, « par l'effet de ce système sophistiqué de contrôle »[174], il est également compétent, dans cet office, pour statuer sur l'éligibilité des parlementaires[175] et plus largement sur celle des candidats. Il est aussi celui qui juge qu'une fonction est incompatible avec le mandat de député[176] ou de sénateur[177]. En d'autres termes, le contentieux du mandat parlementaire relève de la compétence du juge électoral, y compris lorsqu'il s'agit de la déchéance[178]. Le Conseil constitutionnel, dans le cadre

[172] D. Rémy-Granger, « Le pouvoir de suffrage », *in* D. Chagnollaud et M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 2, Dalloz, 2012, p. 393.
[173] Décision n° 2017-27 ELEC du 27 juillet 2017, Requête de MM. Stéphane Demilly, Yves Jégo et Franck Riester, *Journal officiel* n°0180 du 3 août 2017 texte n° 198.
[174] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit*., p. 470.
[175] À cette occasion, le Conseil constitutionnel rend aussi des décisions « OF » depuis la création de sa nouvelle compétence résultant de la loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique, publiée au *Journal officiel* n°0217 du 16 septembre 2017.
[176] La Haute instance rend des décisions I à cette occasion, conformément à l'article LO. 151-1 du code électoral : « Au plus tard le trentième jour qui suit son entrée en fonction ou, en cas de contestation de son élection, la date de la décision du Conseil constitutionnel, le député qui se trouve dans un cas d'incompatibilité mentionné aux articles LO 139, LO 140, LO 142 à LO 146-1, au premier alinéa de l'article LO 146-2 et aux articles LO 146-3, LO 147 et LO 147-1 se démet des fonctions ou mandats incompatibles avec son mandat parlementaire.
Lorsqu'il occupe un emploi public autre que ceux mentionnés aux 1° et 2° de l'article LO 142, il est placé d'office, pendant la durée de son mandat, en position de disponibilité ou dans la position équivalente prévue par son statut ne lui permettant pas d'acquérir de droits à l'avancement et de droits à pension.
Au plus tard trois mois après son entrée en fonction ou, en cas de contestation de son élection, la date de la décision du Conseil constitutionnel, le député qui se trouve dans un des cas d'incompatibilité mentionnés aux 1° et 2° de l'article LO 146-2 met fin à la situation d'incompatibilité soit en cédant tout ou partie de la participation, soit en prenant les dispositions nécessaires pour que tout ou partie de celle-ci soit gérée, pendant la durée de son mandat, dans des conditions excluant tout droit de regard de sa part ».
[177] La disposition LO 151-1 du code électoral s'applique également aux sénateurs en vertu de l'article LO. 297 du code électoral : « Les dispositions du chapitre IV du titre II du livre Ier du présent code sont applicables aux sénateurs ».
[178] Les décisions « D » font référence à la déchéance d'un parlementaire. Elle ne peut être prononcée que par le Conseil constitutionnel en vertu de l'article LO. 136 du code électoral : « Saisi d'une contestation formée contre l'élection ou dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 52-15, le Conseil constitutionnel peut déclarer inéligible le candidat dont le compte de campagne, le cas échéant après réformation, fait apparaître un dépassement du plafond des dépenses électorales.
Saisi dans les mêmes conditions, le Conseil constitutionnel peut déclarer inéligible le candidat qui n'a pas déposé son compte de campagne dans les conditions et le délai prescrits à l'article L. 52-12.
Il prononce également l'inéligibilité du candidat dont le compte de campagne a été rejeté à bon droit en cas de volonté de fraude ou de manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales.
L'inéligibilité déclarée sur le fondement des trois premiers alinéas du présent article est prononcée pour une durée maximale de trois ans et s'applique à toutes les élections. Toutefois, elle n'a pas d'effet sur les mandats acquis antérieurement à la date de la décision.
Lorsque le Conseil constitutionnel a déclaré inéligible un candidat proclamé élu, il annule son élection ou, si l'élection n'a pas été contestée, le déclare démissionnaire d'office.

de cet office, veille ainsi à « la crédibilité des institutions démocratiques »[179]. En plus d'être compétent pour le contentieux électoral, les constituants l'ont investi d'une autre mission : celle de trancher les conflits en cas de répartition des compétences normatives.

c. L'office de juge de la répartition des compétences normatives

L'office du juge de la répartition des compétences normatives était censé être la raison d'être du Conseil constitutionnel. Il s'agissait d'en finir avec le règne de la loi. La loi étant l'expression de la volonté générale, elle était autrefois l'illustration de la souveraineté du Parlement. En ce sens, le législateur intervenait dans toutes les matières, il n'était pas limité. Même lorsque le pouvoir réglementaire édictait un règlement, le législateur pouvait reprendre une matière qu'il avait pourtant concédée[180].

L'avènement de la V^{ème} République atténue le légicentrisme : la loi n'est plus placée au centre de l'ordonnancement juridique[181]. Le Parlement est « tombé de son piédestal »[182]. Le Conseil constitutionnel est d'ailleurs né de la volonté de mettre fin à l'hégémonie parlementaire[183]. Il « n'a pas été conçu comme une juridiction mais comme un organe chargé de veiller à la répartition des compétences entre les pouvoirs publics »[184].

Lorsqu'il exerce son office de juge de la répartition des compétences normatives, son premier objectif est de rationaliser le régime parlementaire. En ce sens, le juge de la répartition des compétences normatives ne censure pas les actes du Parlement[185]. Il n'a d'ailleurs pas reçu une telle compétence du constituant ni même du législateur organique. Ainsi, le juge de la

Sans préjudice de l'article L. 52-15, lorsqu'il constate que la commission instituée par l'article L. 52-14 n'a pas statué à bon droit, le Conseil constitutionnel fixe dans sa décision le montant du remboursement forfaitaire prévu à l'article L. 52-11-1 ».

[179] M.-H. Caitucoli-Wirth, « La vertu des institutions : l'héritage méconnu de Sieyès et de Constant », *Histoire@Politique*, n°16, 2012, p. 134.

[180] B. Mathieu, *La loi*, 3ème édition, Dalloz, 2010, p. 11.

[181] L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 129.

[182] E. Thiers, « Léo Hamon et la vocation du Parlement : les assemblées, le Conseil constitutionnel et le nouveau droit parlementaire en 1959 » *in L'œuvre de Léo Hamon*, Dalloz, 2012, p. 35.

[183] J. Rivero, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 10.

[184] G. Drago, « Justice constitutionnelle », *Droits*, n° 34, 2001, p. 126.

[185] M. Fromont, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française » *in Le nouveau constitutionnalisme - Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, *op. cit.*, p. 170.

répartition des compétences normatives, saisi sur le fondement des articles 37, alinéa 2[186] et 41[187] de la Constitution, rend respectivement des décisions « L »[188] et « FNR »[189].

De même lorsque le Conseil constitutionnel est saisi sur le fondement de l'article 39, alinéa 4[190] de la Constitution, il rend une décision FNR. Cette compétence bien que singulière, sera alors considérée comme étant l'œuvre du juge de la répartition des compétences normatives. Certes, à cette occasion, la Haute instance n'est pas saisie d'un conflit de normes et il ne s'agit pas de savoir si la matière en question relève de la loi ou du règlement. Toutefois, le Conseil constitutionnel doit déterminer si le Gouvernement a fourni une information suffisante aux parlementaires. Le Conseil arbitre entre le Gouvernement et la Conférence des présidents[191]. L'office du juge de la répartition des compétences normatives s'exerce en ce qu'il s'agit d'un conflit entre les pouvoirs publics concernés par la répartition des compétences normatives. Sa « véritable utilité »[192], la raison d'être de sa création, résidait dans cet office. Le Gouvernement bénéficiait d'un allié pour lutter contre l'obstruction du Parlement. Si dans cette hypothèse, le Conseil constitutionnel détient un office de juge, ce n'est pas toujours le cas.

d. L'office de conseiller

Le Conseil constitutionnel, en plus d'être juge, exerce une fonction consultative. Cette double compétence juridictionnelle et consultative n'est évidemment pas sans rappeler le Conseil d'État puisque la juridiction administrative suprême est également dotée d'une attribution consultative. Le Conseil d'État succède au conseil du roi et a donc été institué, en

[186] « Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent ».

[187] « S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité.
En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'Assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours ».

[188] Décisions appelées de « déclassement législatif ».

[189] Décisions fins de non-recevoir.

[190] « Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours ».

[191] La conférence des présidents évalue si les conditions imposées par la loi organique du 15 avril 2009 (loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution publiée au Journal officiel n°0089 du 16 avril 2009 p. 6528) sont respectées. L'objectif est d'informer les parlementaires des enjeux du projet de loi soumis par le Gouvernement.

[192] F. Mélin-Soucramanien et P. Pactet, *Droit constitutionnel*, 36ème édition, Dalloz, 2018, p. 536.

premier lieu, comme conseiller du gouvernement avant d'être aujourd'hui reconnu comme une juridiction[193], en vertu de l'article 52 de la Constitution de l'an VIII[194]. Sous la V[ème] République, la Constitution prévoit les cas dans lesquels le Gouvernement est tenu de consulter le Conseil d'État : sur les projets de décrets[195], les projets de loi[196] ou encore pour les ordonnances[197]. Depuis 2008, il n'est plus uniquement le conseiller du pouvoir exécutif. En effet, le Président d'une assemblée « peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose »[198]. Cette « activité consultative [était] marquée par le sceau du secret »[199]. Le 20 janvier 2015, le Président de la République a annoncé, dans un discours[200], que les avis sont désormais rendus publics[201]. Cette nouveauté « permet de rendre encore plus visible la présence du Conseil d'Etat dans le processus législatif »[202].

Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont donc un point commun : ils sont à la fois juge et conseiller. Tous deux étaient originellement chargés de conseiller le pouvoir exécutif. En effet, le Gouvernement consulte le Conseil constitutionnel avant la tenue d'une élection présidentielle[203] ou d'un référendum[204]. Dans le même sens, préalablement à l'utilisation des pleins pouvoirs, le Président de la République doit interroger la Haute instance,

---

[193] R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, 15[ème] édition, Montchrestien, 2001, p. 450.
[194] « Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ».
[195] Article 37, alinéa 2 de la Constitution : « Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat ».
[196] Article 39, alinéa 2 de la Constitution : « Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat et déposés sur le bureau de l'une des deux Assemblées ».
[197] Article 38, alinéa 2 de la Constitution : « Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat ».
[198] Article 39, alinéa 5 de la Constitution.
[199] G. Braibant, « Le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit » *in Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 91.
[200] Discours du Président de la République, mardi 20 janvier 2015, à l'occasion des vœux au Parlement et aux corps constitués et aux bureaux des Assemblées, à Paris. Disponible à l'adresse : http://discours.vie-publique.fr/notices/157000135.html.
[201] Il se justifie en ces termes : « Mieux légiférer, c'est aussi mieux préparer les projets de loi. C'est la raison pour laquelle j'ai décidé de rompre avec une tradition séculaire des secrets qui entourent les avis du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat est le conseil juridique du gouvernement. Son avis est d'intérêt public et son expertise sera donc rendue publique. Le Conseil d'Etat, par ses avis, informera donc les citoyens, mais il éclairera aussi les débats parlementaires ».
[202] F. Chaltiel-Terral, *Le Conseil d'État, acteur et censeur de l'action publique*, LGDJ, 2017, p. 45.
[203] Le III de l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publiée au *Journal officiel* du 7 novembre 1962, p. 10762 : « III. – Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations et examine les réclamations dans les mêmes conditions que celles fixées pour les opérations de référendum par les articles 46, 48, 49, 50 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ».
[204] Article 46 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, publiée au *Journal officiel* du 9 novembre 1958 p. 10129 : « Le Conseil constitutionnel est consulté par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum. Il est avisé sans délai de toute mesure prise à ce sujet ».

conformément à l'article 16 de la Constitution[205]. D'ailleurs, pendant cette période, chaque mesure présidentielle est également assortie d'une consultation préalable du Conseil constitutionnel. Ainsi, les constituants n'ont prévu à aucun moment la possibilité, pour la Haute instance, de rendre des observations de sa propre initiative ou d'être saisie pour avis par les parlementaires.

Pourtant, le Conseil constitutionnel émet des observations à l'issue des scrutins nationaux dont il connaît au contentieux. Cette compétence, bien que dépourvue de base légale, résulte, selon lui, de sa qualité de juge électoral[206]. D'ailleurs, le conseiller a même pris l'habitude de publier ses observations par des décisions dont le sigle renvoie à l'élection[207]. Ainsi, il ne se contente plus d'être le conseiller du Gouvernement lorsque la Constitution le prévoit. Il s'échappe du texte en formulant des recommandations qui s'adressent tant au Gouvernement[208] qu'aux parlementaires[209]. D'autant que ces observations sont les seules consultations à être accessibles[210]. Les autres avis du Conseil constitutionnel sont secrets, sauf à attendre vingt-cinq années[211].

Toutefois, depuis la révision constitutionnelle de 2008, deux nouveautés ont été introduites s'agissant de la compétence consultative du Conseil constitutionnel. D'abord, les parlementaires peuvent désormais le consulter. Soixante députés ou soixante sénateurs[212] ont la

[205] « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés (1) d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel ».

[206] Si les observations sont relatives aux élections législatives et sénatoriales, leur fondement est l'article 59 de la Constitution. En revanche, dans le cadre d'un référendum, les observations se fondent sur l'article 60 de la Constitution. Pour l'élection présidentielle, l'article 58 de la Constitution est utilisé.

[207] P.-Y. Gadhoun, « Note sous la décision n° 2017-172 PDR du 20 juillet 2017 », *NCCC*, n°58, 2018, p. 117.

[208] Par exemple, dans ses observations sur l'élection présidentielle des 23 avril et 7 mai 2017 (Décision n° 2017-172 PDR) : « Le Conseil constitutionnel appelle (…) l'attention du Gouvernement sur la nécessité de n'envisager qu'avec les plus grandes précautions la mise en œuvre de la transmission électronique des présentations ».

[209] Pour un exemple dans ce sens, voir les observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2012 le prouvent (Décision n° 2013-26 ELEC du 11 juillet 2013) : le Conseil constitutionnel prévient les parlementaires sur l'utilisation de l'indemnité représentative des frais de mandat. Celle-ci ne peut être utilisée par le candidat, député sortant, pour financer sa prochaine campagne électorale.

[210] Disponibles sur le site du Conseil constitutionnel, à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communique/observations-du-conseil-constitutionnel-sur-l-election-presidentielle-2017.

[211] Depuis la loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel, publiée au *Journal officiel* n°0164 du 16 juillet 2008, p. 11322.

[212] Article 16, alinéa 6 de la Constitution : « Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée ».

faculté de la saisir afin de vérifier que les conditions d'application de l'article 16 de la Constitution perdurent. Néanmoins, ce n'est qu'à cette seule occasion que les parlementaires ont la possibilité de lui demander d'émettre un avis. Ensuite, la Haute instance est autorisée à s'autosaisir sur le fondement de l'article 16, alinéa 6[213]. Elle peut vérifier, d'elle-même, que les exigences constitutionnelles demeurent réunies. Elle rendrait à ce titre un avis de même nature que celui qu'elle rend en vertu des autres alinéas du même article.

Les compétences consultatives des deux ailes du Palais Royal, bien qu'au service des mêmes pouvoirs constitués, ne sont pas mises en concurrence. Au contraire, le Conseil constitutionnel, en tant que juge de la constitutionnalité, veille à préserver la fonction consultative du Conseil d'État. Pour preuve, plusieurs décisions de la Haute instance[214] contraignent le Gouvernement à respecter les attributions consultatives du Conseil d'État[215]. De plus, les fonctions consultatives du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État ne se chevauchent pas. Les consultations du Conseil constitutionnel recouvrent une matière spécifique : le droit électoral relatif aux scrutins nationaux ou les pleins pouvoirs présidentiels de l'article 16 de la Constitution. En outre, les avis du Conseil d'État « apprécie[nt] la pertinence des textes législatifs ou réglementaires face à l'évolution des jurisprudences du Conseil constitutionnel »[216]. De cette façon, les avis du Conseil d'État contribuent à l'application des décisions du Conseil constitutionnel, ils permettent une meilleure réception de l'activité de la juridiction constitutionnelle.

Une conséquence semblable découle néanmoins de ce point commun : les attributions consultatives de ces deux institutions prennent une dimension remarquable grâce à leurs compétences juridictionnelles. En effet, le Conseil d'État est « d'autant plus écouté comme conseiller qu'il est, comme juge, en mesure de censurer les décisions allant contre ses avis, et qui seraient illégales »[217]. Ce constat vaut également pour le Conseil constitutionnel puisqu'à chaque fois qu'il exerce son office de conseiller, il ne juge pas. L'article 62, alinéa 2 de la

[213] Article 16, alinéa 6 de la Constitution.
[214] Décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social, *Journal officiel* du 25 janvier 1987, p. 925, cons. 8. Voir aussi la décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, Journal officiel du 12 avril 2003, p. 6493, cons. 8 : « qu'en substituant, pour l'accès au second tour des élections régionales, un seuil égal à 10 % du nombre des électeurs inscrits au seuil de 10 % du total des suffrages exprimés retenu par le projet de loi soumis au Conseil d'État, le Gouvernement a modifié la nature de la question posée au Conseil d'État ; que ce seuil de 10 % des électeurs inscrits n'a été évoqué à aucun moment lors de la consultation de la commission permanente du Conseil d'État ; que les requérants sont dès lors fondés à soutenir que cette disposition du projet de loi a été adoptée selon une procédure irrégulière ».
[215] P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 160.
[216] N. Belloubet, « Conseiller l'État », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 35.
[217] R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, *op. cit.*, p. 450.

Constitution ne s'applique pas puisqu'il exerce une fonction autre que juridictionnelle. Toutefois, grâce à ses offices juridictionnels, le Conseil constitutionnel parvient souvent à rendre ses avis contraignants.

Ses compétences consultatives suffisent-elles à expliquer la raison pour laquelle il s'agit d'un « Conseil » constitutionnel plutôt que d'une « Cour » ? Ce pourrait être l'une des raisons mais l'argument semble faible. En effet, *a contrario*, la juridiction constitutionnelle du Bénin détient une compétence consultative[218] mais se nomme « Cour constitutionnelle ». De même, malgré sa dénomination, le Conseil constitutionnel algérien ne détient pas de compétence consultative[219]. Les travaux préparatoires de la V^{ème} République n'expliquent pas les raisons d'un tel choix. En revanche, il est précisé explicitement que les constituants sont hostiles à l'idée d'une Cour constitutionnelle[220]. La crainte d'abus de la part des juges est avancée. D'autant que le légicentrisme est omniprésent dans les esprits : « la représentation est toujours créditée de la souveraineté nationale exprimée par la loi. Si l'on admet que la loi puisse être soumise à la Constitution, ce n'est que dans certains cas particuliers et non d'une manière générale »[221]. Ainsi, le « Conseil » est privilégié pour ménager les esprits. L'office de conseiller fait partie intégrante des offices du Conseil constitutionnel. C'est d'ailleurs la connexité de tous les offices qui est au cœur de la recherche.

II. Le champ de recherche : l'articulation des divers offices du Conseil constitutionnel

L'étude ne se focalise pas sur un office mais s'intéresse à tous les offices détenus par le Conseil constitutionnel. En ce sens, la frontière entre ces divers offices apparaît poreuse (A).

---

[218] Article 100 de la Constitution du Bénin : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Constitution peuvent être modifiés par décret pris après avis de la Cour constitutionnelle ». Article 102, alinéa 2 de la Constitution du Bénin : « Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres, après avis de la Cour constitutionnelle ».

[219] S'il rend des avis, ceux-ci sont définitifs et s'imposent « à l'ensemble des pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles », en vertu de l'article 191 de la Constitution algérienne. Il ne s'agit donc pas d'une consultation en tant que telle car l'avis est doté de la même autorité qu'une décision juridictionnelle. Voir en ce sens O. Le Bot « Contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* en Europe », *NCCC*, n° 40, 2013, pp. 120-121.

[220] « Le président Cassin indique qu'il est hostile à l'idée d'une Cour constitutionnelle qui a été lancée dans la presse. Le général de Gaulle précise que cette idée n'a jamais été envisagée par le Gouvernement », *in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume I, *op. cit.*, p. 249.

[221] L. Philip, « Le Conseil constitutionnel » *in* D. Maus, L. Favoreu et J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, *op. cit.*, p. 468.

Cette porosité prouve la supériorité d'un office sur les autres : celui du juge de la constitutionnalité. C'est précisément l'objet de la problématique (B).

A. Une articulation des offices sous le signe de la porosité et non de l'étanchéité

L'articulation est une « énonciation écrite, en forme d'énumération (…), de faits dont la preuve est à rapporter (…) ou de moyens invoqués à l'appui d'une prétention »[222]. L'articulation des offices consiste à étudier l'activité de chacun d'entre eux et à examiner leurs relations. À l'origine de la recherche se trouve un postulat : l'étanchéité des offices. En d'autres termes, chaque office est conçu pour respecter scrupuleusement son champ de compétences : c'est le fondement sur lequel sont bâties les attributions et la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Celui-ci refuse de contrôler la constitutionnalité des lois dans une décision L[223] ou FNR[224]. L'argument avancé par le juge de la répartition des compétences normatives est « qu'il ne saurait donc, à aucun titre, se prononcer sur la conformité de ces textes à la Constitution, conformité qui ne pourrait faire l'objet de son appréciation que s'il en était saisi dans les conditions prévues à l'article 61 de la Constitution »[225]. En d'autres termes, une saisine du juge de la constitutionnalité est indispensable pour qu'il se prononce sur la conformité des dispositions législatives adoptées. De la même façon, l'empiètement d'une disposition législative dans le domaine réglementaire n'est plus un vice d'inconstitutionnalité depuis la célèbre décision *Blocage des prix et revenus*[226]. Le Gouvernement, souhaitant intervenir dans une matière réglementaire usurpée par le législateur, doit nécessairement saisir le juge de la répartition des compétences normatives. La saisine est obligatoire afin d'obtenir une autorisation pour modifier, par la voie réglementaire, une disposition législative.

[222] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2018, p. 87.
[223] Décision n° 80-113 L du 14 mai 1980, Nature juridique des diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale, *Journal officiel* du 17 mai 1980, p. 1231.
[224] Décision n° 79-10 FNR du 26 avril 1979, Amendements au projet de loi relatif aux économies d'énergie, *Journal officiel* du 27 avril 1979.
[225] Considérant 5 de la décision n° 79-10 FNR du 26 avril 1979.
[226] Par exemple : dans la décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982 (Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4, *Journal officiel* du 31 juillet 1982, p. 2470) lorsque le juge de la constitutionnalité précise qu'il ne sanctionnera plus la méconnaissance de la répartition des compétences normatives.

Aussi, lorsque le Conseil constitutionnel statue en tant que juge électoral, soit comme « un juge ordinaire »[227], il opère un contrôle de conventionnalité[228] de la loi. En revanche, le juge de la constitutionnalité refuse de contrôler la conformité d'une loi vis-à-vis d'un traité[229]. Dans une autre hypothèse, le juge électoral déclinait les demandes d'examen de constitutionnalité de loi[230]. Toutefois, depuis un revirement jurisprudentiel, le juge électoral connaît désormais des questions prioritaires de constitutionnalité[231]. En outre, le juge des élections admet les recours contre les actes administratifs dès lors qu'il en est saisi dans le cadre d'un contentieux électoral[232]. *A contrario*, saisi en vertu des articles 61 et 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne contrôle que les lois, et non les dispositions réglementaires[233], au regard du bloc de constitutionnalité.

La Haute instance a la volonté manifeste de circonscrire ses attributions. Elle prétend ne pas vouloir exercer d'autres compétences que celles sur le fondement duquel elle est saisie. Une même loi peut donc subir un contrôle de constitutionnalité, puis faire l'objet d'une autorisation de délégalisation. Deux décisions sont rendues puisque les offices sont distincts. Dans le premier cas, le juge de la constitutionnalité se prononce alors que dans le second, c'est le juge de la répartition des compétences normatives. Par exemple, dans une décision DC du 16 mai 2013[234], le juge de la constitutionnalité déclare la loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral[235] en partie conforme à la Constitution. Le juge de la constitutionnalité ne s'attarde pas sur les dispositions matériellement réglementaires de la loi, de telle sorte que, le

[227] P. Cassia, « Le Conseil constitutionnel, saisi comme juge ordinaire, est habilité à statuer directement sur une QPC », *D.*, 2012, p. 327.
[228] Décision n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988, A.N., Val-d'Oise (5ème circ.), *Journal officiel* du 25 octobre 1988, p. 13474.
[229] Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *Journal officiel* du 16 janvier 1975, p. 671.
[230] Décision n° 80-889 SEN du 02 décembre 1980, Sénat, Eure, *Journal officiel* du 4 décembre 1980, p. 2848 ; Décision n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988, A.N., Val-d'Oise (5ème circ.), *Journal officiel* du 25 octobre 1988, p. 13474.
[231] Décision n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012, Sénat, Loiret, *Journal officiel* du 14 janvier 2012, p. 750, texte n° 91.
[232] Décision n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981, Requête de Monsieur François DELMAS, *Journal officiel* du 12 juin 1981, p. 1725.
[233] Décision n° 2011-152 QPC du 22 juillet 2011, M. Claude C. [Disposition réglementaire - Incompétence], *Journal officiel* du 23 juillet 2011, p. 12655, texte n° 107.
[234] Décision n° 2013-667 DC du 16 mai 2013 Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, *Journal officiel* du 18 mai 2013, p. 8258, texte n° 5.
[235] Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, publiée au *Journal officiel* n°0114 du 18 mai 2013, p. 8242, texte n° 2.

13 avril 2018[236], le Conseil constitutionnel est à nouveau saisi de la même loi. Néanmoins, cette fois-ci, il l'est sur le fondement de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution. Le juge de la répartition des compétences normatives considère, à cette occasion, que le législateur a empiété sur le domaine réglementaire. L'étanchéité semble certaine au risque de la complexité.

Les constituants de 1958 ont manifesté leur volonté de ne pas instituer une Cour suprême[237] car ils font un amalgame entre l'idée d'une Cour suprême et le gouvernement des juges[238]. Ce « spectre »[239] a clairement voulu être évité. C'est la raison pour laquelle des compétences restrictives lui ont été octroyées[240]. L'étanchéité des offices du Conseil constitutionnel provient donc de la volonté des constituants : la Haute instance ne doit s'en tenir qu'au fondement sur lequel elle est saisie pour éviter toute extension de ses compétences.

Une fois saisi, sa compétence devrait être limitée. Pourtant, le Conseil constitutionnel ne parvient pas à respecter strictement son attribution. En ce sens, il ne cloisonne pas ses offices. L'intérêt de l'étude consiste donc à prouver que la jurisprudence du Conseil constitutionnel forme une unité et que ses compétences ne s'exercent pas indépendamment les unes des autres. Il apparaît de façon évidente que ses offices ne sont pas étanches. Plus précisément, en tant que juge électoral, le Conseil constitutionnel n'écarte pas l'office de juge de la constitutionnalité. Réciproquement, lorsqu'il contrôle la constitutionnalité des lois concernant la matière électorale, il intervient dans le processus électoral. De la même façon, comme juge de la constitutionnalité, il empiète sur les compétences du juge de la répartition des compétences normatives. Plus encore, les conseils qu'il émet sont loin d'oublier ses fonctions juridictionnelles. Ainsi, les offices s'imbriquent les uns avec les autres, s'influencent les uns les autres.

Le sujet du présent travail consiste à étudier comment les offices s'enchevêtrent ou encore comment un office prend la place d'un autre. En d'autres termes, il s'agit d'analyser la porosité des offices.

---

[236] Décision n° 2018-272 L du 13 avril 2018, Nature juridique de certaines dispositions de l'article L. 2111-1 du code général des collectivités territoriales, *Journal officiel* n°0087 du 14 avril 2018, texte n° 98.
[237] Selon Raymond Janot « les pouvoirs qui lui sont donnés sont limités à l'organisation, au fonctionnement des pouvoirs publics. Ils n'interviennent pas vraiment dans le fonctionnement des tribunaux » *in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 73.
[238] *Ibid.*
[239] En référence à l'article de Michel Troper, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges » *in Le nouveau constitutionnalisme - Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, *op. cit.*, p. 49.
[240] L. Philip, « Les attributions et le rôle du Conseil constitutionnel en matière d'élections et de référendums », *RDP*, 1962, p. 47.

B. Problématique

Les offices du Conseil constitutionnel s'articulent en principe de façon non hiérarchisée. Pourtant, un office prime sur les autres. La primauté ou la supériorité ne s'explique pas en raison de l'autorité conférée aux décisions rendues. En effet, toutes les décisions, exceptés les avis, rendues par le Conseil bénéficient de la même autorité en vertu de l'article 62, alinéa 2 de la Constitution[241]. Elles s'imposent à toutes les autorités administratives ou juridictionnelles : c'est le « critère essentiel de détermination de la place du Conseil au sein des institutions en général »[242].

C'est l'office du juge de la constitutionnalité qui l'a emporté et c'est de cette manière que le Conseil constitutionnel a su s'imposer. En d'autres termes, l'autorité du Conseil constitutionnel, telle qu'elle est connue aujourd'hui dans le paysage institutionnel, résulte de la prépondérance du juge de la constitutionnalité.

Or la suprématie de l'office du juge de la constitutionnalité n'aurait jamais pu être acquise sans le concours des juridictions ordinaires et plus particulièrement des juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. L'article 62, alinéa 2 de la Constitution ne permet pas de sanctionner les autorités administratives ou juridictionnelles qui n'honoreraient pas les décisions du Conseil constitutionnel. Avec un tel « mécanisme d'exécution volontaire »[243], les juridictions appliquent les décisions du Conseil constitutionnel selon leur bon vouloir : elles disposent d'un « pouvoir discrétionnaire »[244].

Néanmoins, les décisions rendues par le juge de la constitutionnalité sont fidèlement respectées. En effet, « cette fonction d'interprète attitré de la Constitution dote, par voie de conséquence, la jurisprudence du Conseil constitutionnel d'une force de persuasion à laquelle il est difficile pour les juges ordinaires de résister »[245]. Bien qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les organes juridictionnels, les juridictions ordinaires suivent l'interprétation du Conseil constitutionnel en tant que juge de la constitutionnalité : c'est la raison d'être du contrôle de

[241] « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».
[242] M. Verpeaux, « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 30, 2011, p. 236.
[243] V. Baquet-Bréhant, *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, 2005, p. 8.
[244] G. Drago, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel, l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Economica, 1991, p. 307.
[245] T. Di Manno « Les divergences de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires suprêmes » *in Les divergences de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 193.

constitutionnalité centralisé. En l'absence d'unité de juridiction, les juges ordinaires sont soumis « aux décisions [de la juridiction constitutionnelle] pourvues de l'autorité de chose jugée et [aux] déclarations d'inconstitutionnalité entraînent des annulations avec effet *erga omnes* »[246]. Le Conseil constitutionnel rend à ce titre « des décisions à vocation interprétative afin d'unifier l'interprétation de la Constitution » et elles seules peuvent « prétendre avoir autorité de chose interprétée »[247]. D'une part en raison de la matière : ses décisions concernent la Constitution dont les juridictions imposent le respect. D'autre part au regard des destinataires auxquelles s'adressent les décisions. Les décisions du juge électoral, hormis le cas où il est saisi d'une QPC, ne concernent pas les juridictions ordinaires mais relèvent d'un domaine dans lequel les juridictions ne sont pas compétentes[248]. Celles rendues par le juge de la répartition des compétences normatives s'adressent au Premier ministre, à son Gouvernement et au Parlement[249]. En revanche, lorsque le juge de la constitutionnalité s'immisce au sein d'une décision, quelle qu'elle soit, le Gouvernement, le Parlement et les juridictions ordinaires sont intéressées. En ce sens, le concours des juridictions est particulièrement précieux. Grâce aux juridictions, « ce modèle inachevé de justice constitutionnelle fonctionne »[250]. En conséquence, pour éviter « de démultiplier la constitutionnalité et de perturber inutilement la cohérence de l'ordre juridique »[251], les juridictions ordinaires se conforment à l'interprétation du juge de la constitutionnalité.

Étant donné que « l'autorité des décisions des neuf sages se mesure à travers le prisme de la réception de leur jurisprudence par le juge ordinaire »[252], le Conseil constitutionnel a compris qu'il avait tout intérêt à déployer son office de juge de la constitutionnalité. Même si « la Constitution ne donne pas au Conseil de compétence générale d'interprétation de la Constitution, comme en possèdent d'autres Cours constitutionnelles »[253], il s'est évadé d'une interprétation restrictive des textes.

---

[246] L. Favoreu et W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, 2ème édition, Dalloz, 2016, p. 23.
[247] M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 139.
[248] Seul le Conseil constitutionnel peut être saisi de réclamations ou de recours à l'encontre d'une élection présidentielle (article 58 de la Constitution), d'un référendum (article 60 de la Constitution) ou d'une élection d'un parlementaire (article 59 de la Constitution).
[249] Uniquement pour les décisions FNR.
[250] V. Baquet-Bréhant, *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*., p. 291.
[251] T. Di Manno « Les divergences de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires suprêmes » *in Les divergences de jurisprudence*, *op. cit*., p. 193.
[252] F. Lichère et A. Viala, « La légalité des quotas par sexe (pour certains jurys de concours) », *AJDA*, 2003, p. 817.
[253] G. Drago, « Les différents types de contentieux ou 5 000 décisions en 60 ans », *NCCC*, n°58, 2018, p. 7.

Au fond, l'autorité du Conseil constitutionnel était subordonnée à un office, celui du juge de la constitutionnalité. L'étude s'intéresse ainsi à son immixtion dans l'exercice des autres offices. C'est de celui-ci dont dépendait l'utilité du Conseil constitutionnel, il a constitué une garantie de sa pérennité. S'il était resté le défenseur du Gouvernement, comme l'avaient conçu les constituants de 1958, rapidement son existence aurait été remise en cause. Les parlementaires étant dociles, l'utilité de saisir la Haute instance aurait été réduite à néant. L'ancrage du Conseil constitutionnel débute avec l'illustre décision du 16 juillet 1971[254]. Cette décision, au-delà des aspects contentieux, marque un tournant dans l'avenir du Conseil constitutionnel : elle amorce un changement de trajectoire. De telle sorte que « le canon braqué contre le Parlement est devenu un frein au pouvoir – essentiellement – du Gouvernement »[255]. Cette transformation de la Haute instance s'est évidemment prolongée grâce à la révision constitutionnelle de 1974 élargissant la saisine aux parlementaires sur le fondement de l'article 61 de la Constitution[256]. Elle a été parachevée[257] par l'instauration du contrôle *a posteriori*. Telle « une révolution juridique dans la tradition juridique et juridictionnelle française »[258], le Conseil constitutionnel a utilisé l'un de ses offices pour assurer son avenir.

Ainsi, progressivement, le Conseil constitutionnel, à travers son office du juge de la constitutionnalité, privilégie une jurisprudence favorable au Parlement eu égard à la mutation du régime de la V^{ème} République. L'évolution du régime a provoqué « l'instauration d'un pouvoir présidentiel appuyé sur l'adhésion d'une majorité parlementaire comme la France n'en avait jamais connue ; les conséquences de cette métamorphose déjà acquise étaient double : d'une part, elle faisait surgir un déséquilibre inverse de celui contre lequel on avait voulu se prémunir en 1958, d'autre part, elle risquait de retirer à la fonction du Conseil constitutionnel sa raison d'être : à quoi bon garder des frontières qui n'étaient plus menacées ? »[259]. La Haute instance ne pouvait donc plus conserver sa jurisprudence originelle consistant à brimer le

[254] Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.
[255] F. Luchaire, « Ouverture », *in* D. Chagnollaud, *Aux origines du contrôle de constitutionnalité du XVIII^{ème}-XIX^{ème} siècle*, *op. cit.*, p. 14.
[256] Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution, publiée au *Journal officiel* du 30 octobre 1974, p. 11035.
[257] D'autres éléments contribuant à la juridictionnalisation du Conseil peuvent être cités : « la publication au *Journal officiel* des lettres de saisine en 1986 de même que les observations du Gouvernement à partir de 1994, la publicité des mémoires en défense de la loi en 1994, la mention au bas de chaque décision des noms des juges ayant siégé et délibéré en 1995 » etc. Voir en ce sens W. Mastor, « Opiner à voix basse… et se taire : réflexions critiques sur le secret des délibérés » *in Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 734.
[258] M. Verpeaux, *Le Conseil constitutionnel*, 2ème édition, La documentation française, 2014, p. 11.
[259] P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, *op. cit*., p. 3.

Parlement[260], comme en témoigne les premières décisions DC[261]. C'est pour cela que le juge de la constitutionnalité a étendu son champ de compétence au détriment de celui du juge de la répartition des compétences normatives (Partie 1 : La prééminence du juge de la constitutionnalité sur le juge de la répartition des compétences normatives). *In fine,* le Parlement a tiré avantage de la suprématie du juge de la constitutionnalité : aucun juge ne lui impose d'exercer ses compétences restrictivement. Au contraire, l'office dont le principal but est de protéger le texte constitutionnel l'autorise, sinon l'encourage, à élargir son domaine d'action. L'office de juge de la constitutionnalité du Conseil s'est donc démarqué. D'ailleurs, il est également visible à d'autres égards : lors des consultations de la Haute instance ou lorsqu'elle statue en tant que juge électoral (Partie 2 : L'impérialisme du juge de la constitutionnalité).

[260] À ce titre, les parlementaires « découvraient un censeur très strict, décidé à imposer l'interprétation la plus rigoureusement conforme à la lettre du texte, et en étaient d'autant plus marris que c'était la première fois, dans l'histoire constitutionnelle française, que les règlements des assemblées parlementaires étaient soumise à un contrôle », L. Favoreu et L. Philip, « Règlement de l'Assemblée nationale » *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, p. 38.

[261] Décision n° 59-2 DC du 24 juin 1959, Règlement de l'Assemblée nationale, *Journal officiel* du 3 juillet 1959, p. 6642 et décision n° 59-3 DC du 25 juin 1959, Règlement du Sénat, *Journal officiel* du 3 juillet 1959, p. 6643.

Partie 1. L'affaiblissement du juge de la répartition des compétences normatives

Lorsque les constituants ont conçu le Conseil constitutionnel, ce n'était pas, dans un premier temps, pour instituer un État de droit. Il s'agissait surtout de combattre des parlementaires indisciplinés. À cette époque, les rédacteurs de la Constitution de 1958 étaient préoccupés par l'instabilité politique criante et la faible marge de manœuvre des gouvernements des républiques précédentes. Or, ils avaient compris que pour donner au Gouvernement la possibilité de gouverner, il était « nécessaire qu'il puisse, pour ce faire, prendre par voie réglementaire les dispositions de portée générale indispensable à l'exécution d'une politique »[262]. C'est ainsi qu'est née la répartition des compétences normatives de la V[ème] République qui ne constituait selon eux que « la consécration de la réalité non seulement gouvernementale mais législative de ces époques dernières »[263]. Toutefois, ce nouveau partage devait être respecté. Il apparaissait alors nécessaire de mettre à la disposition du Gouvernement des armes : elles furent consacrées aux articles 37, alinéa 2 et 41 de la Constitution.

Ainsi, le Conseil constitutionnel était appelé à intervenir à chaque fois que le Gouvernement le sollicitait pour imposer le respect du domaine réglementaire. Son office de juge de la répartition des compétences normatives devait constituer sa première mission : il devait assurer au Gouvernement un soutien contre un Parlement indomptable. De cette façon, il se caractérise comme l'office devant régler des conflits opposants des pouvoirs publics inconciliables. Toutefois, cet arbitre n'est pas neutre : il est pensé comme étant au service de l'un plutôt que de l'autre. Pour preuve, les constituants n'ont pas jugé opportun de créer une procédure semblable permettant au législateur de protéger son champ de compétences.

De surcroît, le contrôle de constitutionnalité des lois de l'article 61 de la Constitution n'était qu'un moyen supplémentaire pour censurer un Parlement désobéissant. De cette façon, son office de juge de la constitutionnalité détenait, originellement, le même dessein que celui de juge de la répartition des compétences normatives. Finalement, le Conseil constitutionnel a

[262] Propos de Raymond Janot *in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 71.
[263] *Ibid*.

connu une transformation. Ainsi, il n'a préservé le domaine réglementaire qu'au début de la V^{ème} République. Puis, progressivement, le Conseil l'a restreint au profit du législateur.

D'ailleurs, le phénomène de cloisonnement des offices est venu de cette volonté de protéger le domaine législatif. Saisi pour vérifier la constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel ne censure pas les lois au contenu réglementaire ; saisi pour déterminer la nature législative ou réglementaire d'une disposition, il n'en vérifie pas sa constitutionnalité. Le législateur se serait vu excessivement censuré si le juge de la constitutionnalité l'avait sanctionné à chaque fois qu'il empiétait sur le domaine réglementaire. Or, en prétendant que ses offices sont étanches, le Conseil constitutionnel s'octroie une marge de manœuvre : il laisse le législateur s'épanouir sans entrave, sinon celles qu'il lui fixe. Ainsi, le Conseil constitutionnel rend ses offices poreux lorsqu'il le souhaite. Alors que le juge de la constitutionnalité devrait se cantonner à protéger le texte constitutionnel, il tend également à sauvegarder le domaine de la loi, mission qui devrait résulter de l'office du juge de la répartition des compétences normatives (Titre 1). De cette façon, le Conseil constitutionnel se dissimule derrière son office de gardien de la Constitution pour que s'efface progressivement celui du juge de la répartition des compétences normatives (Titre 2). Sa place s'est donc forgée grâce à la porosité de ses offices et plus précisément en raison de la prééminence du juge de la constitutionnalité.

Titre 1. L'empiètement du juge de la constitutionnalité sur l'office du juge de la répartition des compétences normatives

Lors de l'avènement de la V^{ème} République, le régime parlementaire se rationalise de façon évidente. Dans la Constitution de 1946, des mécanismes visant à corriger les erreurs de la III^{ème} République avaient pourtant été instaurés[264], ils ont connu l'échec : l'instabilité ministérielle était criante. Ainsi, la Constitution de 1958 octroie aux gouvernements « une panoplie d'armes (…) pour assurer leur domination dans le processus législatif »[265]. À ce titre, une innovation de taille y est consacrée : le législateur est désormais contraint de respecter la compétence que lui attribue le texte suprême. Il ne dispose plus de sa compétence puisqu'elle est désormais encadrée par le texte constitutionnel et devient attributive. Alors que toutes les matières relevaient de la loi sous les Républiques précédentes, à partir de 1958, le législateur n'est plus « l'ordonnateur principal du système des sources »[266].

En vertu de la lettre de la Constitution, seules les matières définies à l'article 34 relèvent du domaine de la loi. Eu égard au bouleversement juridique qu'a introduit cette nouvelle distribution normative, un organe a été pensé notamment pour imposer le respect des articles 34 et 37 de la Constitution. En effet, le Conseil constitutionnel est chargé de censurer le législateur qui empiète sur les compétences du pouvoir réglementaire. Alors que les premières décisions rendues par le Conseil constitutionnel « confirment et accentuent (…) le corsetage d'un Parlement contenu dans les étroites limitations que lui assigne l'article 34 de la Constitution »[267], la jurisprudence du Conseil constitutionnel évolue progressivement.

La Haute instance découvre ainsi d'autres sources de compétences législatives que celle prévue à l'article 34 de la Constitution. La décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965[268] est la

[264] La Constitution de 1946 prévoyait, par exemple une unique investiture du Président du Conseil conformément à l'article 43, alinéa 3 « le président du Conseil et les ministres ne peuvent être nommés qu'après que le président du Conseil ait été investi de la confiance de l'Assemblée au scrutin public et à la majorité absolue des députés, sauf cas de force majeure empêchant la réunion de l'Assemblée nationale ». Finalement, une pratique s'est installée, dont Paul Ramadier a été le principal instigateur : le Président du Conseil se sent contraint de demander deux investitures, avant et après avoir composé son ministère.
Une autre illustration de la volonté des constituants de rationaliser le parlementarisme apparaît à l'article 49, alinéas 2 et 3 : « Le vote sur la question de confiance ne peut intervenir qu'un jour franc après qu'elle a été posée devant l'Assemblée. Il a lieu au scrutin public.
La confiance ne peut être refusée au Cabinet qu'à la majorité absolue des députés à l'Assemblée ».
[265] C. Vintzel, *Les armes du Gouvernement dans la procédure législative*, *op. cit.*, p. 3.
[266] J. Trémeau, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, Economica-Puam, 1997, p. 15
[267] L. Hamon, *Les juges de la loi, Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 8.
[268] Décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965, Nature juridique des articles 1er, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce, *Journal officiel* du 23 août 1965.

première qui élargit le domaine législatif en admettant qu'il est « déterminé non seulement par l'article 34 mais aussi par d'autres dispositions de la Constitution, et notamment ses articles 72 à 74 »[269]. À compter de cette décision prise par le juge de la répartition des compétences normatives, « une brèche [s'est] ouverte ; l'article 34 perdait son monopole et par la suite les sources de la compétence législative apparurent multiples »[270]. Progressivement, l'interprétation du texte suprême par le Conseil constitutionnel devient de plus en plus favorable au législateur, le domaine de la loi s'élargit de façon considérable. Toutefois, son extension ne se constate pas uniquement lorsque le Conseil statue en tant que juge de la répartition des compétences normatives mais s'observe également lorsque le juge de la constitutionnalité se prononce. En effet, dans ses décisions DC et QPC, le juge de la constitutionnalité adopte une lecture qui élargit le champ d'action du législateur. Puisque la compétence du Conseil constitutionnel en tant que gardien du texte suprême s'impose, le juge de la constitutionnalité en profite pour élargir le domaine de la loi au détriment du pouvoir réglementaire (Chapitre 1). L'entreprise menée par le juge de la constitutionnalité s'accentue puisqu'il recourt au vice d'incompétence négative pour imposer au législateur qu'il respecte ses attributions (Chapitre 2). De la sorte, l'élargissement du domaine du législateur ne suffisant pas, le juge de la constitutionnalité a estimé opportun d'utiliser un moyen d'exiger l'intervention du législateur. Le juge de la constitutionnalité répartit ainsi les compétences normatives alors que son office vise à imposer le respect de la Constitution sans exiger du législateur ni du pouvoir réglementaire qu'il respecte son domaine de compétences.

« Les méthodes du Conseil constitutionnel pour étendre [la] compétence [du Parlement] [sont] aussi variées qu'ingénieuses »[271]. La Haute instance a utilisé son office de juge de la constitutionnalité, voire s'est dissimulé derrière son image de garant de la Constitution, pour conférer au législateur un vaste champ d'action. Ainsi, les décisions DC, puis QPC, sont aujourd'hui pléthoriques en raison de l'action menée par le Conseil constitutionnel depuis 1958.

[269] Décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965, cons. 1.
[270] F. Luchaire, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *AJDA*, 1979, p. 4.
[271] F. Priet, « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, n°17, 1994, p. 65.

Chapitre 1 : L'élargissement du domaine de la loi par le juge de la constitutionnalité

Le Conseil constitutionnel a été créé notamment pour imposer un respect rigoureux des articles 34 et 37 de la Constitution. Si un élargissement du domaine de la loi est perceptible, l'intérêt de l'étude n'est pas de l'analyser lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 37, alinéa 2. En effet, la délimitation ou l'accroissement du domaine de la loi par le juge de la répartition des compétences normatives relève de ses attributions. Son office a été précisément conçu pour fixer la frontière entre ce qui relève de la loi et du règlement. Pour preuve, de nombreuses décisions L[272] ont étendu le domaine de la loi.

En revanche, l'extension du domaine législatif apparaît plus originale lorsque le Conseil constitutionnel est saisi sur le fondement des articles 61 et 61-1 de la Constitution apparaît plus originale. Le juge de la constitutionnalité s'autorise à exercer une attribution qui ne relève pas de son office (Section 1). Ce dernier devrait se cantonner à contrôler la constitutionnalité de la loi ou de la disposition législative qui lui est soumise. Il dispose d'ailleurs, du pouvoir de la censurer. Pour autant, il se permet d'empiéter sur l'office du juge de la répartition des compétences normatives.

Paradoxalement, la réciproque n'existe pas : « lorsqu'il est saisi dans les conditions prévues à l'article 37, alinéa 2, de la Constitution, il appartient seulement au Conseil constitutionnel d'apprécier si les dispositions qui lui sont soumises relèvent du domaine de la loi ou du domaine réglementaire »[273]. Le juge de la répartition des compétences normatives ne peut donc exercer d'examen de constitutionnalité conformément à une jurisprudence bien établie.

Toutefois, le juge de la constitutionnalité n'a pas uniquement procédé à des élargissements du domaine du législateur mais l'a aussi défendu. En effet, il l'a protégé lorsque le législateur voyait son domaine menacé par le Gouvernement sur le fondement de l'article 38 de la

[272] Décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973, Nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion, *Journal officiel* du 6 décembre 1973, p. 12949 ; Décision n° 62-19 L du 3 avril 1962, Nature juridique d'une disposition de l'article 73 (alinéa 1) de la loi n° 61-1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962 (Mode de calcul des barèmes qui doivent servir à la fixation des allocations d'aide à l'armement naval), *Journal officiel* du 23 mai 1962, p. 5040 ; etc.

[273] Décision n° 95-177 L du 8 juin 1995, Nature juridique de dispositions prévoyant que certaines nominations doivent être effectuées par décret en conseil des ministres, *Journal officiel* du 10 juin 1995, p. 9008.

Constitution. Ainsi, le juge de la constitutionnalité est davantage le gardien du domaine de la loi que le défenseur de l'exécutif (Section 2).

Le Conseil constitutionnel a tout intérêt à accroître, voire à protéger le domaine du législateur. Plus le champ d'intervention de la loi s'accroît, plus le contrôle du juge de la constitutionnalité est étendu. Ainsi, le Conseil constitutionnel, à travers son office de juge de la constitutionnalité, a participé au développement du contrôle de constitutionnalité des lois. Si le juge de la répartition des compétences normatives a, lui aussi, contribué à une extension du domaine de la loi, son concours est différent pour au moins deux raisons : il n'a pas tant étendu le domaine de la loi d'une part et sa saisine est d'une importance inférieure à celle du juge de la constitutionnalité d'autre part.

Section 1 : Une compétence usurpée au moyen d'une interprétation du bloc de constitutionnalité

Le juge de la constitutionnalité ne s'est pas cantonné à une lecture stricte de la Constitution. Cela aurait conduit inévitablement à la réduction de son activité. En effet, une restriction de la compétence du législateur aurait diminué le nombre de lois. En conséquence, le nombre de saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61 de la Constitution aurait été dérisoire. Au contraire, en privilégiant une interprétation extensive du bloc de la constitutionnalité, le domaine de la loi s'est étendu.

Certes « la révolution était possible » et « n'a pas eu lieu » [274] mais un bouleversement s'est produit grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Plus précisément, le juge de la constitutionnalité a procédé à une répartition des compétences normatives en conférant une valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution de 1958 (§1). Le domaine de la loi s'est alors étendu de manière considérable, ce qui a provoqué une inflation législative[275] (§2).

[274] J. Rivero « Rapport de synthèse » *in Le domaine de la loi et du règlement*, 2ème édition, Economica-Puam, 1981, *op. cit.*, p. 263.
[275] G. de Baynast de Septfontaines, *L'inflation législative et les articles 34 et 37 de la Constitution*, Thèse de droit, Paris II, 1997, p. 106.

§1 : L'interprétation extensive du bloc de la constitutionnalité élargissant le domaine de la loi

La décision DC du 16 juillet 1971[276] est connue pour deux raisons principales : la protection renforcée des droits et libertés et la transformation du rôle du Conseil constitutionnel[277]. Grâce à cette jurisprudence, « la place que le Conseil vient ainsi de s'assurer parmi les organismes protecteurs des libertés rend plus difficile, désormais, les accusations politiques parfois formulées contre lui. Quelle majorité se réclamant de la tradition libérale oserait, après ce coup d'éclat, supprimer une institution dont l'efficacité pour la défense des droits de l'Homme vient de s'affirmer ? »[278].

Pourtant, une autre conséquence en résulte : le législateur a trouvé une nouvelle source de compétences (A). Le juge de la constitutionnalité a donc, à cette occasion, participé à la répartition des compétences normatives. Il en est de même lorsqu'il refuse d'opter pour une lecture stricte de l'article 34 de la Constitution (B).

A. L'habilitation du législateur fondée sur le Préambule de la Constitution de 1958

En conférant une valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution de 1958, c'est-à-dire à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (ci-après DDHC) (1), au Préambule de la Constitution de 1946 (2) le juge de la constitutionnalité a étendu le domaine du législateur[279]. En effet, son champ d'intervention s'est accru avec l'apparition de ce nouveau bloc de constitutionnalité. Si le législateur s'est senti menacé par le renforcement du contrôle de constitutionnalité *a priori*, il y a trouvé aussi un intérêt.

S'ajoute à ces deux textes, le Préambule de la Constitution de 1958 qui contient également la Charte de l'environnement. L'interprétation rigoureuse de cette dernière permet au juge de la constitutionnalité d'insister sur la compétence du législateur (3). De la sorte, le juge de la constitutionnalité participe à la répartition des compétences normatives.

---

[276] 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, *Journal officiel* du 18 juillet 1971, p. 7114.

[277] « cet exemple incontournable en droit constitutionnel français agit sur la " normativisation " des droits constitutionnellement protégés et ainsi de la Constitution de 1958 toute entière », voir sur ce point E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, Dalloz, 2016, p. 261.

[278] J. Rivero, « Note sous la décision du 16 juillet 1971 », *AJDA*, 1971, p. 539.

[279] Cette décision « comporte ainsi un changement définitif du statut de la Déclaration, qui, *d'ensemble d'idées*, devient un *ensemble de normes* », voir sur ce point E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, *op. cit*., p. 261.

1. *La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen comme source de compétence législative*

Les droits-libertés énoncés dans la DDHC supposent une intervention parcimonieuse du législateur, voire une inaction[280]. Pourtant, l'attribution d'une valeur constitutionnelle à la DDHC a permis d'étendre la compétence du législateur et de renforcer le Conseil constitutionnel[281]. Ainsi il a réparti implicitement les compétences normatives dans un sens favorable au législateur dans l'exercice d'un office dont la mission première n'est pas celle-ci.

En 1973, le juge de la constitutionnalité confère expressément une valeur constitutionnelle à la DDHC[282]. Il avait été saisi par le Président du Sénat pour contrôler la loi de finances de 1974 et déclarer son article 62 inconstitutionnel. Ce dernier faisait aussi mention de l'article 180 du code général des impôts : il était devenu possible de taxer d'office un contribuable dont le train de vie laissait supposer des revenus supérieurs à ceux déclarés. En 1973, des sénateurs[283] amendent cette disposition afin que la présomption soit réfragable : le contribuable pouvait prouver que la taxation était abusive et ne résultait pas de revenus dissimulés. Cet amendement a été adopté mais une modification a été ajoutée par le Gouvernement : seuls ceux dont les bases d'imposition « n'excèdent pas 50 % de la limite de la dernière tranche du barème de l'impôt sur le revenu »[284] sont concernés. Sur ce point, le Président du Sénat identifiait une discrimination et conséquemment une rupture du principe d'égalité. Or, le juge estime que la différence de traitement entre les citoyens est injustifiée : elle est inconstitutionnelle car contraire au principe d'égalité consacré par la DDHC qui est explicitement incorporée au sein du bloc de constitutionnalité[285]. Pourtant, la Constitution de 1958 consacre elle aussi le principe d'égalité[286] : le juge de la constitutionnalité aurait donc

---

[280] J. Garcia, *Les incompétences négatives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse de droit, Montpellier, 2015, p. 120.

[281] L. Hamon, « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels. À propos des trois décisions récentes du Conseil constitutionnel », *D.*, 1974, p. 83.

[282] Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974, *Journal officiel* du 28 décembre 1973, p. 14004.

[283] Les sénateurs Dailly et Marcilhacy.

[284] Lettre de saisine du Président du Sénat.

[285] Avec cette décision, le Conseil constitutionnel va plus loin que dans celle du 16 juillet 1971.

[286] Article Préambule de la Constitution : « Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.
En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique ».

pu éviter toute référence à la DDHC. Pourtant, la Haute instance privilégie la référence à la DDHC pour prolonger sa décision du 16 juillet 1971 et insister sur sa valeur constitutionnelle.

À première vue, cette décision de 1973 semble réduire les possibilités d'action du législateur puisqu'il est contraint, en l'espèce, de respecter le principe d'égalité. À cet instant, une mutation du contrôle de constitutionnalité s'opère. D'après Loïc Philippe, le contrôle de constitutionnalité ne doit plus être considéré désormais « comme un contrôle d'aspect politique dont le seul objet est d'éviter les empiètements du Parlement sur le domaine relevant de la compétence du Gouvernement »[287]. Au contraire, le Parlement est forcé désormais d'honorer des principes ayant une valeur juridique supérieure.

À l'époque, cette décision fut inscrite dans la continuité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel[288] qui s'émancipe progressivement de la volonté du constituant. Ainsi, cette institution, censée être une arme du parlementarisme rationalisé, tend à opérer un véritable contrôle de constitutionnalité des lois en faveur des justiciables. Il s'achemine vers une protection constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux[289].

La répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire n'est pas, pour autant, absente. En confirmant la valeur constitutionnelle de la DDHC, cette décision accroît *de facto* la compétence du législateur. Les décisions du Conseil ont une « double coloration : politique, dans la mesure où ses décisions assurent le respect de la répartition des compétences entre les pouvoirs publics et interprètent les dispositions de la loi fondamentale, juridique, puisque ses décisions sont fondées sur le droit »[290].

Aucun autre office du Conseil constitutionnel n'aurait pu conférer une telle valeur à la DDHC. Sur ce point, aucune compétence n'a été usurpée. En revanche, étant donné que cette décision a élargi la compétence du législateur, elle aurait dû être l'œuvre du juge de la répartition des compétences normatives. Le législateur est en effet désormais contraint

---

Article 1er de la Constitution : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.
La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

[287] L. Philip, « La portée du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel (à propos de la décision du 27 décembre 1973) » *RDP*, 1974, p. 543.

[288] Décision DC du 16 juillet 1971 : il s'agit de limiter les pouvoirs du législateur en rappelant les principes à valeur constitutionnelle.

[289] F. Miclo, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA*, 1982, p. 115.

[290] P.-M. Gaudemet, « L'aménagement de la taxation d'office face aux exigences de l'égalité devant la loi et de la procédure budgétaire », *AJDA*, 1974, p. 245.

d'intervenir dans certains domaines, tout en respectant le bloc de constitutionnalité. À ce titre, l'atteinte à la liberté ne doit être organisée que par une loi, conformément à l'article 4 de la DDHC ; le principe de légalité y est consacré[291], surtout en matière pénale[292] ; l'atteinte à la liberté d'opinion et de communication ainsi que du droit de propriété doit être encadrée par le législateur[293]. Ainsi, la DDHC devient une source de compétences.

D'autres exemples puisés dans la jurisprudence le prouvent. Dans la décision DC du 26 juillet 1984[294], le juge de la constitutionnalité estime que les autorisations délivrées par la Haute Autorité de la communication audiovisuelle relèvent du domaine de la loi, il s'appuie en ce sens sur l'article 34 de la Constitution et l'article 11 de la DDHC. Aussi, c'est encore au Parlement de consentir à l'impôt par une loi en vertu des articles 14 de la DDHC et 34 de la Constitution[295]. Plus récemment encore, le juge de la constitutionnalité affirme à nouveau le fondement de la compétence du législateur : il « tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »[296]. Le législateur voit donc sa compétence s'accroître considérablement grâce à la DDHC mais aussi au Préambule de la Constitution de 1946.

2. Le Préambule de la Constitution de 1946

Le Préambule de la Constitution de 1946 consacre les droits-créances qui requièrent une action positive de l'État. À compter de la Seconde guerre mondiale, les droits-créances se développent et il revient au législateur de les garantir. Sur ce point, la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 a été révélatrice. Conférer une valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution de 1946 revient à admettre l'importance des droits-créances et parallèlement, la

[291] Article 5 de la DDHC.
[292] Articles 7, 8 et 9 de la DDHC.
[293] Articles 10, 11 et 17 de la DDHC.
[294] Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé, *Journal officiel* du 28 juillet 1984, p. 2496.
[295] Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC KIMBERLY CLARK [Incompétence négative en matière fiscale], *Journal officiel* du 19 juin 2010, p. 11149, texte n° 70.
[296] Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, *Journal officiel* n°0024 du 28 janvier 2017 texte n° 2, cons. 88.
Voir à ce titre T. Hochmann, « Pas de lunettes sous les œillères : le Conseil constitutionnel et le négationnisme », *RDLF*, n°6, 2017, disponible à l'adresse : http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/pas-de-lunettes-sous-les-oeilleres-le-conseil-constitutionnel-et-le-negationnisme/.

nécessité de l'intervention du législateur. Pourtant, la décision porte sur un droit-liberté. En effet, à cette date, les droits fondamentaux constitutionnels sont véritablement apparus[297]. Ainsi, l'article 34 de la Constitution, source essentielle de la compétence du législateur, n'est désormais plus isolé. Laetitia Janicot admet néanmoins que ces alinéas ne constituent pas une source de compétences pour le législateur car ils seraient « neutralisés »[298] par d'autres articles de la Constitution. Il serait donc aisé de rapprocher certains des alinéas du Préambule de l'article 34 de la Constitution. Dans certains cas, cette thèse est vérifiée : le juge de la constitutionnalité se fonde à la fois sur le Préambule et sur l'article 34 de la Constitution[299]. Dans d'autres, cependant, le Conseil constitutionnel s'appuie uniquement sur le Préambule, sans se référer à l'article 34. Ainsi, dans les décisions DC du 25 juillet 1979[300], du 22 juillet 1980[301] et du 15 mars 2012[302], le Conseil constitutionnel habilite le législateur à édicter des dispositions législatives pour encadrer le droit de grève. Pour ce faire, il ne se fonde que sur l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946. De la même façon, dans la décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000[303], la Haute instance précise que le législateur doit fixer les principes relatifs au droit du travail présents seulement dans les alinéas 5 et 11 du Préambule.

La décision du 16 juillet 1971 a été une « véritable révolution politique en rompant avec les principes traditionnels du droit français et en particulier la souveraineté de la loi »[304]. Grâce à elle, le Conseil constitutionnel peut désormais exercer un contrôle de constitutionnalité des lois en se référant à des droits et libertés. Concurremment, le Préambule contient de nombreuses dispositions de fond constituant une extension de la compétence du législateur. De cette façon,

---

[297] B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 8.
[298] L. Janicot, « Le Préambule de la Constitution de 1946 et la loi », *in Le Préambule de la Constitution de 1946*, 2008, Éditions Panthéon-Assas, p. 47.
[299] Décision n° 2015-519 QPC du 3 février 2016, Mouvement des entreprises de France et autres [Critère de l'audience des organisations professionnelles d'employeurs pour l'appréciation de la représentativité], *Journal officiel* n°0032 du 7 février 2016, texte n° 33, cons. 6 ; Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques], *Journal officiel* du 16 septembre 2010, p. 16847, texte n° 64, cons. 7 ; Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007 Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, *Journal officiel* du 22 août 2007, p. 13971, texte n° 6, cons. 6 et 7 ; Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, *Journal officiel* du 8 décembre 2006, p. 18544, texte n° 2, cons. 13. etc.
[300] Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, *Journal officiel* du 27 juillet 1979, cons. 1.
[301] Décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, *Journal officiel* du 24 juillet 1980, p. 1867, cons. 4.
[302] Décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, Loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports, *Journal officiel* du 20 mars 2012, p. 5028, texte n° 4, cons. 6
[303] Décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, *Journal officiel* du 20 janvier 2000 p. 992, cons. 28.
[304] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11ème édition, LGDJ, 2016, p. 42.

« le Conseil constitutionnel a donné valeur de droit positif à des dispositions ou des principes que l'on croyait ‘‘endormis" à jamais ou insusceptibles d'application »[305]. En conséquence, sans le Préambule de la Constitution de 1946, la compétence réglementaire serait plus étendue[306]. Le juge de la constitutionnalité a donc opéré une répartition des compétences normatives. De façon analogue, la Charte de l'environnement constitue un fondement de compétences législatives.

3. Une lecture rigoureuse de la Charte de l'environnement

La Charte de l'environnement est un texte de valeur constitutionnelle depuis la révision constitutionnelle de 2005[307]. En effet, le Parlement, réuni en Congrès, l'a adoptée en vertu de l'article 89 de la Constitution. Sa valeur juridique est suprême, « on ne saurait dès lors nier sa valeur constitutionnelle »[308], « la thèse de la déclaration purement incantatoire et dépourvue de valeur normative a donc été rapidement écartée »[309].

Si le Conseil constitutionnel a vérifié pour la première fois, en 2005[310], la conformité d'un traité vis-à-vis de la Charte de l'environnement[311], il était saisi en tant que juge électoral. Il a donc fallu attendre une décision DC de 2008[312] pour que le juge de la constitutionnalité admette que la Charte de l'environnement fait désormais partie intégrante du Préambule de la

[305] L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n°13, 1991, pp. 18-19.
[306] L. Favoreu, L. Philip, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva et A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19ème édition, Dalloz, 2018, p. 453.
[307] Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *Journal officiel* n°51 du 2 mars 2005, p. 3697.
[308] A. Roblot-Troizier, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française, Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, 2007, p. 225.
[309] C. Landais et F. Lenica, « Premières précisions sur la portée juridique de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2006, p. 1584.
[310] Décision n° 2005-31 REF du 24 mars 2005, Décision du 24 mars 2005 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE et par Monsieur Alain MEYET, *Journal officiel* du 31 mars 2005, p. 5834, texte n° 85.
[311] Considérant 7 de la décision 2005-31 REF : « le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'est pas contraire à la Charte de l'environnement de 2004 ».
[312] Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, *Journal officiel* du 26 juin 2008, p. 10228, texte n° 3.

Constitution[313]. La même année, le Conseil d'État a, lui aussi, admis cette valeur juridique[314]. Le débat s'est ainsi « clos »[315] : il s'agit d'une norme constitutionnelle.

Dans ce texte, le législateur apparaît à de nombreuses reprises. Les constituants ont explicitement souhaité une intervention du législateur afin de préserver l'environnement. Il doit par exemple prévenir les atteintes[316], les sanctionner[317] ou encore informer les citoyens en matière environnementale[318]. Dès 2008, le juge de la constitutionnalité adopte une lecture rigoureuse de la Charte de l'environnement, surtout lorsqu'il s'agit d'étendre la compétence du législateur. En effet, il a admis « qu'il n'appartient qu'au législateur de préciser "les conditions et les limites" dans lesquelles doit s'exercer le droit de toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques ; que ne relèvent du pouvoir réglementaire que les mesures d'application des conditions et limites fixées par le législateur »[319]. Ainsi, un nouveau partage de compétences entre le domaine de la loi et le domaine du règlement apparaît[320], l'environnement devient une matière réservée au législateur[321]. Cette décision « est d'un apport considérable pour la matière environnementale en ce qu'elle précise les nouvelles modalités de répartition des compétences entre la loi et le règlement »[322]. Ultérieurement, le juge de la constitutionnalité a eu l'occasion de la confirmer dans une décision QPC de 2011[323].

L'article 6 de la Charte de l'environnement se voit lui aussi appliqué de façon rigoureuse puisqu'il est nécessaire que le législateur intervienne. En effet, cette disposition prévoit que « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles

[313] « Vu la Constitution et en particulier la Charte de l'environnement de 2004 », il s'agit du premier visa de la décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008. Voir aussi : décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010, *Journal officiel* du 31 décembre 2009, p. 22995, texte n° 3, cons. 79 ; décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, *Journal officiel* n°0187 du 11 août 2017 texte n° 1, cons. 55.
[314] CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931.
[315] Y. Aguila, « Valeur de la Charte de l'environnement », *Constitutions*, 2010, p. 139.
[316]Article 3 : « Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ».
[317]Article 4 : « Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi ».
[318]Article 7 : « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».
[319] Considérant 49 de la décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008.
[320] Y. Aguila, « Domaine de la loi en matière environnementale », *Constitutions*, 2010, p. 307.
[321] O. Dord, « La loi OGM devant le Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence *AC !* », *AJDA*, 2008, p. 1614.
[322] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit*., p. 742.
[323] Décision n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, Association France Nature Environnement [Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement], *Journal officiel* du 15 octobre 2011, p. 17466, texte n° 78, cons. 6.

concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». Le juge de la constitutionnalité octroie ainsi au législateur « un rôle primordial »[324] pour qu'il détermine les « modalités de sa mise en œuvre »[325].

Si un doute planait sur l'invocabilité des dispositions de la Charte de l'environnement dans la procédure de l'article 61-1 de la Constitution[326], les incertitudes se sont rapidement estompées[327]. La procédure prévue à l'article 61-1 de la Constitution est même devenue un moyen pour le juge de la constitutionnalité d'adopter une jurisprudence favorable à l'élargissement du domaine de la loi en matière environnementale. En effet, dès 2011, le juge de la constitutionalité exige que le législateur prévoit « les conditions dans lesquelles une action en responsabilité peut être engagée sur le fondement de la violation » de l'obligation « de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement »[328]. Par la suite, dans plusieurs décisions de 2012[329], de 2014[330] et de 2016[331], le législateur a été censuré car il s'est abstenu d'édicter des

[324] A. Capitani, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel (1er avril-30 juin 2005) », *RFDC*, n°64, 2005, p. 753.
[325] Décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, Loi relative à la création du registre international français, *Journal officiel* du 4 mai 2005, p. 7702, texte n° 2, cons. 37 ; Décision n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, *Journal officiel* du 14 juillet 2005, p. 11589, texte n° 3, cons. 23. Pour une confirmation plus récente : décision n° 2013-666 DC du 11 avril 2013, Loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, *Journal officiel* du 16 avril 2013, p. 6214, texte n° 2 cons. 39.
[326] K. Foucher, « La première application de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC : de l'inédit, de l'inutile et du flou », *AJDA*, 2011, p. 1158.
[327] Voir n ce sens : A. Roblot-Troizier, « Les clairs-obscurs de l'invocabilité de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2015, p. 493.
[328] Décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, M. Michel Z. et autre [Troubles du voisinage et environnement], *Journal officiel* du 9 avril 2011, p. 6361, texte n° 89, cons. 5.
[329] Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, M. Antoine de M. [Classement et déclassement de sites], *Journal officiel* du 24 novembre 2012, p. 18547, texte n° 91, cons. 27 ; Décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, Association France Nature Environnement et autre [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité], *Journal officiel* du 24 novembre 2012, p. 18543, texte n° 90, cons. 17 et 18 ; Décision n° 2012-270 QPC du 27 juillet 2012, Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles du Finistère [Délimitation des zones de protection d'aires d'alimentation des captages d'eau potable et principe de participation du public], *Journal officiel* du 28 juillet 2012, p. 12357, texte n° 72, cons. 7 ; Décision n° 2012-269 QPC du 27 juillet 2012, Union Départementale pour la Sauvegarde de la Vie, de la Nature et de l'Environnement et autres [Dérogations aux mesures de préservation du patrimoine biologique et principe de participation du public], *Journal officiel* du 28 juillet 2012, p. 12356, texte n° 71, cons. 6 ; Décision n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012, Association France Nature Environnement [Projets de règles et prescriptions techniques applicables aux installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation], *Journal officiel* du 14 juillet 2012, p. 11635, texte n° 83, cons. 8.
[330] Décision n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014, Fédération environnement durable et autres [Schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie - Schéma régional éolien], *Journal officiel* du 10 mai 2014, p. 7874, texte n° 79, cons. 11 ; décision n° 2014-396 QPC du 23 mai 2014, France Hydro Électricité [Classement des cours d'eau au titre de la protection de l'eau et des milieux aquatiques], *Journal officiel* du 25 mai 2014 p. 8583, texte n° 31, cons. 8.
[331] Décision n° 2016-595 QPC du 18 novembre 2016, Société Aprochim et autres [Conditions d'exercice de l'activité d'élimination des déchets], *Journal officiel* n° 0270 du 20 novembre 2016, texte n° 31.

dispositions qui mettent en œuvre « le principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques »[332].

La QPC permet ainsi au juge de la constitutionnalité d'accroître le champ d'action du législateur. Certes, la Charte de l'environnement est une norme d'habilitation pour le législateur dégagée par le constituant mais la jurisprudence du juge de la constitutionnalité est, également, favorable à l'extension du domaine de la loi. Bien que les requérants invoquent rarement une méconnaissance des dispositions de la Charte de l'environnement, le juge de la constitutionnalité insiste le plus souvent sur l'étendue de la compétence du législateur[333].

Dans ses décisions DC et QPC, le juge de la constitutionnalité a opéré une répartition des compétences normatives, en l'occurrence en restreignant celle du pouvoir réglementaire et en élargissant celle du législateur. L'intervention du législateur ne cesse de s'étendre grâce à la jurisprudence du juge de la constitutionnalité exerçant l'office du juge de la répartition des compétences normatives. En effet, le juge de la constitutionnalité use ici alors du Préambule de la Constitution de 1958 qui prescrit des normes d'habilitations législatives.

B. L'interprétation extensive de l'article 34

Les termes de l'article 34 sont généraux et vagues, ils peuvent soulever des difficultés[334]. Grâce à leur imprécision, le Conseil constitutionnel étend le domaine de la loi et définit les contours de l'article 34 de la Constitution. Il a eu l'occasion de préciser « qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions »[335] car il est libre d'opérer « la détermination du champ d'application d'une loi »[336]. Il va même jusqu'à admettre que tout ce que la Constitution n'interdit pas au législateur, elle l'autorise[337].

[332] Considérant 8 de la décision n° 2016-595 QPC du 18 novembre 2016.
[333] K. Foucher, « Un an de Charte de l'environnement au Conseil constitutionnel (novembre 2012 à octobre 2013) : les incertitudes d'une jurisprudence en voie de construction », *Constitutions*, 2013, p. 606.
[334] F. Luchaire, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », art. cité, p. 4.
[335] Considérant 2 de la décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, Loi portant réforme du régime juridique de la presse, *Journal officiel* du 30 juillet 1986, p. 9393.
[336] Considérant 5 de la décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986.
[337] Considérant 31 de la décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986.

Si l'extension du domaine de la loi s'opérait uniquement dans son office de juge de la répartition des compétences normatives, cela ne serait pas particulièrement surprenant[338]. En revanche, l'interprétation extensive qu'adopte le juge de la constitutionnalité est remarquable. En ce sens, ce dernier ne se contente pas de prolonger les décisions L ou FNR lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution mais il adopte une conception étendue des règles de l'article 34 (1) et des principes fondamentaux (2). L'extension du domaine de la loi par le juge de la constitutionnalité est tellement flagrante qu'il lui est arrivé de ne pas préciser la source constitutionnelle sur laquelle il se fondait pour admettre qu'une matière relevait du domaine de la loi[339]. Par exemple, en 1982, il considère que « si les termes de plan ou de planification ne figurent pas à l'article 34 de la Constitution dans l'énonciation des matières réservées à la loi, il n'en demeure pas moins que, par son objet même, le contenu d'un plan national pluriannuel touche à des matières réservées à la loi »[340]. De cette façon, le juge de la constitutionnalité étend le domaine de la loi à de nombreuses matières. En effet, « en évitant une référence textuelle précise, le Conseil constitutionnel en arrive à consacrer la compétence première exclusive du législateur pour régir les droits fondamentaux »[341].

1. Les « règles » relevant de la loi

L'article 34 de la Constitution énumère limitativement les matières pour lesquelles le législateur fixe des règles[342]. Pour autant, le juge de la constitutionnalité a étendu le domaine de la loi en y incluant des matières non expressément citées.

---

[338] Par exemple, pour une interprétation extensive de la libre administration des collectivités locales : décision n° 64-29 L du 12 mai 1964, Nature juridique de certaines dispositions relatives à l'administration départementale et à l'administration communale et figurant dans les ordonnances n° 58-937 du 11 octobre 1958, n° 59-29 du 5 janvier 1959, n° 59-30 du 5 janvier 1959, n° 59-33 du 5 janvier 1959 et n° 59-150 du 7 janvier 1959 et dans la loi n° 62-873 du 31 juillet 1962, *Journal officiel* du 31 mai 1964.
Pour une large interprétation des principes fondamentaux du droit du travail : décision n° 67-46 L du 12 juillet 1967, Nature juridique de certaines dispositions des articles 25 et 26 de la loi du 13 décembre 1926 portant Code du travail maritime, telles qu'elles résultent de l'ordonnance n° 58-1358 du 27 décembre 1958, *Journal officiel* du 24 septembre 1967.
Pour une interprétation élargie du principe fondamental de la sécurité sociale : décision n° 80-115 L du 15 octobre 1980, Nature juridique d'une disposition de l'article 6 de l'ordonnance n° 67-706 du 21 août 1967 relative à l'organisation administrative et financière de la sécurité sociale (membres des conseils d'administration des caisses régionales d'assurance maladie), *Journal officiel* du 16 octobre 1980, p. 2404.
[339] L. Favoreu, « Note sous décision n° 82-142 DC », *RDP*, 1983, p. 349.
[340] Décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, Loi portant réforme de la planification, *Journal officiel* du 29 juillet 1982, p. 2424, cons. 2.
[341] J. Trémeau, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, *op. cit*., p. 265.
[342] « La loi fixe les règles concernant :

La Constitution prévoit que « la création de nouveaux ordres de juridictions » relève du domaine de la loi. Deux ordres de juridictions, administratif et judiciaire, coexistent en France. Si l'on s'en tient à la lettre du texte, seule la création d'un nouvel ordre de juridiction (sociale par exemple) serait du domaine du législateur. En revanche, aucune précision n'est faite pour les nouvelles juridictions. Étant donné que « [l]es matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire » (article 37), les nouvelles catégories de juridictions devraient être de la compétence du pouvoir réglementaire. Finalement, le juge de la constitutionnalité a estimé que la création d'une juridiction de proximité[343] ou encore d'une Commission des recours des réfugiés[344] relevait du domaine de la loi. Non seulement il applique la position du juge de la répartition des compétences normatives[345] mais étend la compétence du législateur en appréhendant, lui aussi, largement l'expression « nouvel ordre de juridiction ». Une interprétation restrictive n'aurait laissé qu'une faible marge d'action au législateur.

En outre, seul le législateur est compétent pour désigner l'autorité pouvant « autoriser l'exploitation du service radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé » car ceci « constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique »[346]. Ce faisant, le juge de la constitutionnalité choisit une interprétation large puisque la disposition

---

-les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;
-la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;
-la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;
-l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.
La loi fixe également les règles concernant :
-le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;
-la création de catégories d'établissements publics ;
-les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ;
-les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ».

[343] Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, *Journal officiel* du 10 septembre 2002, p. 14953.

[344] Décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, *Journal officiel* du 11 décembre 2003, p. 21085.

[345] Chaque nouvelle juridiction relève du domaine de la loi : c'est le cas des conseils de prud'hommes, décision n° 91-166 L du 13 juin 1991, Nature juridique de certaines dispositions de l'article L 513-3 du code du travail, *Journal officiel* du 19 juin 1991, p. 7957, cons. 3 ; c'est le cas des tribunaux d'instance à compétence exclusive en matière pénale, décision n° 61-14 L du 18 juillet 1961, Nature juridique de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation judiciaire, *Journal officiel* du 13 octobre 1961, p. 9358, cons. 2 ; ou encore des tribunaux pour enfants, décision n° 64-31 L du 21 décembre 1964, Nature juridique de l'article 5 (2ème alinéa, première phrase) de l'ordonnance n°58-1274 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation des juridictions pour enfants, *Journal officiel* du 30 décembre 1964.

[346] Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé, *Journal officiel* du 28 juillet 1984, p. 2496, cons. 4.

constitutionnelle ne prévoyait la compétence du législateur que pour fixer les règles s'agissant des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (article 34, alinéa 1). Le juge de la constitutionnalité estime aussi que les critères de nationalisation et l'établissement de la liste des entreprises devant être nationalisées[347] relèvent du domaine de la loi alors qu'il est prévu à l'article 34, alinéa 2 de la Constitution que le législateur ne fait qu'encadrer « les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ». En d'autres termes, le Conseil constitutionnel admet que même « si le législateur ne doit pas lui-même tout décider, il ne doit confier des pouvoirs à des organismes extérieurs que dans le cadre de règles précisées par lui »[348].

Ultime exemple, s'agissant de « la création de catégories d'établissements publics »[349] qui ressortit au législateur. « Interprétée strictement, cette rubrique n'aurait impliqué que très rarement l'intervention du législateur »[350] puisqu'en vertu de la lettre de la Constitution, il n'est compétent que pour produire des catégories et non pour créer des établissements publics. Toutefois, définir des critères exacts d'une catégorie d'établissements publics est ardu. Cette notion est suffisamment imprécise pour permettre au juge de la constitutionnalité, comme bon lui semble, d'y inclure certains établissements publics en estimant que cela relève de la compétence du législateur. Par exemple, dans une décision DC de 1984[351], le juge de la constitutionnalité a reconnu que des centres de gestion constituaient une nouvelle catégorie d'établissements publics « sans équivalent avec les catégories d'établissements publics existantes »[352]. De façon analogue, le législateur « a exercé la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution »[353] en créant un établissement national chargé des diagnostics et opérations de fouilles d'archéologie préventive en ce qu'il constitue une nouvelle catégorie. Le juge de la constitutionnalité opte parfois pour les mêmes expressions que le juge de la répartition des compétences normatives[354]. Pour autant, l'interprétation extensive de l'article 34

[347] Décision n° 82-139 DC du 11 février 1982.
[348] L. Favoreu, « Une grande décision », *in* L. Favoreu (dir.), *Nationalisations et Constitution*, Economica, 1982, p. 35.
[349] Article 34, alinéa 2 de la Constitution.
[350] Voir en ce sens : L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffini, *Droit constitutionnel*, *op. cit*., p. 859.
[351] Décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, *Journal officiel* du 21 janvier 1984, p. 368.
[352] Considérant 8 de la décision n°83-168 DC du 20 janvier 1984.
[353] Décision n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001, Loi relative à l'archéologie préventive, *Journal officiel* du 18 janvier 2001, p. 931, cons. 5.
[354] Il qualifie l'office de radiodiffusion-télévision française d'établissement public « sans équivalent sur le plan national », voir dans sa décision n° 64-27 L du 17 mars 1964, Nature juridique de certaines dispositions des articles 1er, 5, 6, 7 bis et 11 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion-Télévision française, ainsi que de celles de l'article 70 de la loi n° 61-1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962,

de la Constitution par le juge censé appliquer rigoureusement le texte suprême et imposer son respect est symptomatique.

En conséquence, le Conseil constitutionnel s'octroie une marge d'appréciation : il est celui qui place la frontière entre les domaines de la loi et du règlement en déterminant les règles que le législateur doit édicter en vertu de l'article 34 de la Constitution. Sous couvert de son office de juge de la constitutionnalité, il s'autorise à étendre la compétence du législateur. Le juge de la constitutionnalité a également une vaste conception des « principes fondamentaux » figurant dans ce même article.

2. Les principes fondamentaux déterminés par la loi

La « loi détermine les principes fondamentaux » dans six domaines distincts[355]. Si le juge de la répartition des compétences normatives se charge d'étendre le domaine de la loi au nom des principes fondamentaux[356], il est loin d'être le seul. En effet, le juge de la constitutionnalité enrichit, lui aussi, cette catégorie.

Les principes fondamentaux relatifs au droit du travail en sont un exemple[357]. En 1977, « le principe d'un examen contradictoire de l'état de santé des salariés » est consacré comme étant un « principe fondamental du droit du travail et, dès lors, en vertu de l'article 34 de la Constitution, ressortit à la compétence du législateur »[358] selon le juge de la constitutionnalité. Le pouvoir réglementaire, quant à lui, doit le mettre en œuvre sans le dénaturer. La formule

Journal officiel du 4 avril 1964, cons. 2 ; c'est aussi le cas s'agissant de la régie autonome des transports parisiens, décision n° 59-1 L du 27 novembre 1959, Nature juridique de l'article 2, alinéa 3 de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne, *Journal officiel* du 14 janvier 1960, p. 442.

[355] Conformément à l'article 34 de la Constitution : l'organisation générale de la défense nationale, la libre administration des collectivités territoriales, l'enseignement, la préservation de l'environnement, le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, le droit du travail, le droit syndical et de la sécurité sociale.

[356] Par exemple, l'obligation pour les communes de déposer aux archives du département leurs propres archives relève du principe fondamental de la libre administration des collectivités territoriales : décision n° 76-89 L du 2 juin 1976, Nature juridique de dispositions contenues dans divers textes relatifs à l'administration communale, *Journal officiel* du 6 juin 1976, p. 3476. Une autre illustration : la limitation du nombre des étudiants ayant accès aux études médicales ou pharmaceutiques ainsi que le concours de recrutement relève des principes fondamentaux de l'enseignement : décision n° 91-167 L du 19 décembre 1991, Nature juridique des dispositions des articles 48, 48 bis et 60, pour partie, de la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 modifiée et concernant l'organisation des concours d'internat en médecine et en pharmacie, *Journal officiel* du 22 décembre 1991, p. 16810.

[357] Voir en ce sens : D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 506.

[358] Décision n° 77-92 DC du 18 janvier 1978, Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale), *Journal officiel* du 19 janvier 1978, p. 422, cons. 4.

qu'adopte le Conseil constitutionnel, dans cette décision DC, est « classique en matière de délimitation des compétences législatives et réglementaires »[359]. Le juge de la constitutionnalité poursuit, vingt années après, en considérant que la fixation de « la durée légale hebdomadaire du travail effectif »[360] est également un principe fondamental relevant de la compétence du législateur. Aussi, l'indépendance de l'inspection du travail[361] intègre cette catégorie de telle sorte que le juge de la constitutionnalité « la pla[ce] par-là même hors d'atteinte du pouvoir réglementaire »[362]. En adoptant une expression aussi large, « la compétence législative qui en découle vaut bien entendu pour l'ensemble du "système d'inspection du travail" »[363].

En matière de sécurité sociale, le principe de conventionnement des honoraires médicaux[364] est fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution. Certes, le juge de la constitutionnalité a repris une jurisprudence dégagée par la juridiction administrative suprême[365] qui admet qu'« au nombre des principes fondamentaux de la sécurité sociale, figure celui d'après lequel le tarif des honoraires médicaux pour les soins délivrés aux assurés sociaux est fixé par voie de convention passée avec les praticiens ou, à défaut, par voie d'autorité »[366]. Néanmoins, une telle conception aurait pu ne pas être reprise ou aurait pu l'être mais dans l'exercice de son office de juge de la répartition des compétences normatives.

Par conséquent, le domaine de la loi s'étend grâce à l'interprétation jurisprudentielle de l'article 34 de la Constitution par le juge de la constitutionnalité : « le domaine de la loi n'est plus limité à l'énumération de l'article 34 ; il est extensible à l'infini puisque toutes les matières qui s'y rattachent de manière indirecte – et laquelle ne s'y rattacherait pas – peuvent en faire partie »[367]. De cette façon, l'interprétation du Préambule de la Constitution et du texte suprême par le juge de la constitutionnalité étend le domaine de la loi. Le juge de la constitutionnalité exerce de la sorte, une compétence relevant de l'office du juge répartiteur des compétences normatives. Il a donc « renforcé les pouvoirs du législateur », cela lui permet « de résister aux

[359] L. Favoreu, « Chronique constitutionnelle française », *RDP*, 1978, p. 836.
[360] Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, *Journal officiel* du 14 juin 1998, p. 9033, cons. 3.
[361] Décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), *Journal officiel* du 22 janvier 2008, p. 1131, texte n° 3, cons. 14.
[362] V. Bernaud et L. Gay, « Droit constitutionnel », *D.*, 2008, p. 2025.
[363] D. Labetoulle, « Le nouveau code du travail devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2008, p. 851.
[364] Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, *Journal officiel* du 24 janvier 1990, p. 972.
[365] B. Genevois, « Du dédoublement de la convention nationale des médecins aux droits des étrangers », *RFDA*, 1990, p. 406.
[366] CE, Ass., 13 juillet 1962, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, Lebon p. 479.
[367] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit*., p. 506.

demandes du Gouvernement soucieux de se voir déléguer en fait d'assez larges pouvoirs et de ne pas se voir limiter par une législation trop contraignante »[368].

Le juge de la constitutionnalité tend progressivement à s'émanciper de la volonté des constituants, il ne se contente plus de respecter scrupuleusement ses compétences. Cette liberté qu'il s'octroie est favorable au législateur.

§2 : L'émancipation du juge de la constitutionnalité favorable au législateur

La Constitution de 1958 est « d'œuvre gouvernementale »[369]. À ce titre, le Conseil constitutionnel a été pensé pour défendre le pouvoir exécutif et son domaine réglementaire. Pour autant, dans son office de juge de la constitutionnalité, la Haute instance s'émancipe de la volonté des constituants en consacrant le critère formel de la loi (A) et en exerçant un pouvoir normatif qui provoque un accroissement du domaine de la loi (B).

A. La consécration du caractère formel de la loi

Le Conseil constitutionnel a été créé pour éviter l'invasion du Parlement dans le domaine réglementaire. Il a joué ce rôle jusqu'au début des années 1980 (1). Toutefois, à compter de cette date, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a considéré qu'il fallait distinguer l'office du juge de la constitutionnalité de l'office du juge de la répartition des compétences normatives (2).

1. La censure révolue des lois matériellement réglementaires

Autrefois, la loi était matériellement législative. Avant 1982[370], le juge de la constitutionnalité sanctionnait les empiètements du législateur sur le domaine réglementaire, sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel agissait

[368] L. Favoreu, « Chronique de droit constitutionnel jurisprudentiel », *RDP*, n°2, 1986, p. 433.
[369] F. Goguel, « L'élaboration des institutions de la République dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RFSP*, 1959, p. 67.
[370] Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4, *Journal officiel* du 31 juillet 1982, p. 2470.

conformément à la volonté des constituants en veillant au respect des articles 34 et 37 de la Constitution.

La décision du 11 aout 1960[371] est la première effectuant un contrôle de constitutionnalité d'une loi ordinaire et aussi la première dans laquelle le Conseil constitutionnel accepte de vérifier le respect des compétences du législateur et du pouvoir réglementaire. Saisi par le Premier ministre d'une demande tendant à censurer les dispositions qui empiétaient sur son domaine, le Conseil constitutionnel aurait pu refuser de se prononcer. En effet, sa saisine « s'analysait en un détournement de procédure », « l'article 61 alinéa 2 instituait un contrôle au fond de la constitutionnalité des lois et non une nouvelle barrière à la compétence législative »[372]. Pour autant, le Conseil déclare les articles de la loi non conformes en raison d'une méconnaissance de l'article 34 de la Constitution. Ainsi, au début de la V^{ème} République, le contrôle de constitutionalité est un moyen de lutter contre une intrusion du législateur. En de telles circonstances, les dispositions litigieuses se voyaient censurées[373].

D'après Maurice Duverger, le contrôle de constitutionnalité dont est investi le Conseil « a pour but précis de maintenir le Parlement à l'intérieur des limites où le nouveau régime a voulu l'enfermer », il ajoute qu'il « est essentiellement un moyen d'action donné au Gouvernement sur les assemblées »[374]. L'objectif était d'éviter l'obstruction des parlementaires qui rendait « impossible l'action gouvernementale »[375]. Le juge de la constitutionnalité contrôlait ainsi le respect du domaine de chacun alors qu'il n'était pas saisi sur le fondement des articles 37, alinéa 2 et 41 de la Constitution[376]. La volonté des constituants, consistant à brimer le Parlement, est ainsi respectée.

---

[371] Décision n° 60-8 DC du 11 août 1960, Loi de finances rectificative pour 1960, *Journal officiel* du 13 août 1960, p. 7599.

[372] L. Favoreu et L. Philip, « Taxe radiophonique » *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, p. 91.

[373] Pour des exemples dans ce sens : décision n° 64-27 DC du 18 décembre 1964, Loi de finances pour 1965, *Journal officiel* du 24 décembre 1964, p. 11593 ; décision n° 78-95 DC du 27 juillet 1978, Loi complétant les dispositions de l'article 7 de la loi n° 60-791 du 2 août 1960 relative à l'enseignement et à la formation professionnelle agricoles, *Journal officiel* du 29 juillet 1978, p. 2948.

[374] M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11ème édition, Puf, 1970, p. 817.

[375] R. Janot, « L'origine des articles 34 et 37 » *in* L. Favoreu (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement*, *op. cit*., p. 62.

[376] Il examine si le législateur a respecté son domaine de compétence sans empiéter sur celui du règlement : décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État, *Journal officiel* du 25 mai 1979 ; décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, *Journal officiel* du 24 juillet 1980, p. 1868 ; décision n° 82-139 DC du 11 février 1982, Loi de nationalisation, *Journal officiel* du 12 février 1982, p. 560 ; décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, Loi portant réforme de la planification, *Journal officiel* du 29 juillet 1982, p. 2424.

Le juge de la constitutionnalité utilisait notamment la technique appelée « l'état de la législation antérieure ». Il s'agit d'une « prise en compte par le juge, pour délimiter les domaines respectifs de la loi et du règlement, des restrictions dont certaines libertés ont pu faire antérieurement l'objet »[377]. L'état de la législation antérieure permet au Conseil constitutionnel de répartir les compétences normatives[378]. S'il a majoritairement utilisé cette technique dans ses décisions FNR[379] et L[380], une décision DC en fait néanmoins application en 1964[381]. Cette dernière portait sur la loi de finances pour l'année 1965. Le Premier ministre contestait la conformité de l'article unique de la loi contestée au motif que ses dispositions intervenaient dans des matières non visées par l'article 34 de la Constitution. Elles ne concernaient ni le régime d'émission de la monnaie (article 34, alinéa 2, quatrièmement), ni la création d'une catégorie d'établissement public (article 34, alinéa 3, deuxièmement), ni les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé (article 34, alinéa 4, quatrièmement), ni les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (article 34, alinéa 1, premièrement). Les règles concernant les garanties fondamentales sont à appréhender en tenant compte de la législation antérieure. En d'autres termes, si la législation antérieure a prévu des limites à ces règles, en permettant l'intervention des pouvoirs publics et notamment du pouvoir réglementaire, alors, malgré l'instauration de la nouvelle République, l'ancienne répartition des compétences normatives est privilégiée.

Ainsi, le partage des compétences doit s'apprécier en fonction de la pratique de la IV^{ème} République : « toutes les matières qui, avant 1958, ont été abandonnées par le législateur

[377] M. de Villiers, « La jurisprudence de ''l'état de la législation antérieure'' », *AJDA*, 1980, p. 387.
[378] É. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, Initiative législative et Constitution*, Economica, 1997, p. 313.
[379] Décision n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959, Proposition de loi déposée par MM. BAJEUX et BOULANGER, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages (et à abroger le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme), *Journal officiel* du 14 janvier 1960, p. 441, cons. 4 ; Décision n° 61-3 FNR du 8 septembre 1961, Proposition de loi déposée par M. Blondelle, sénateur, et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prix d'objectif de certains produits agricoles, *Journal officiel* du 9 septembre 1961, p. 8427, cons. 3.
[380] Décision n° 60-7 L du 8 juillet 1960, Nature juridique de l'article 6 (paragraphe II) de l'ordonnance n° 58-1453 du 31 décembre 1958 modifiant et complétant la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre, *Journal officiel* du 1er-2 août 1960, 7149, cons. 2 ; Décision n° 64-28 L du 17 mars 1964, Nature juridique des dispositions de l'article 5 (1, 4ème alinéa) de l'ordonnance n° 58-966 du 16 octobre 1958 relative à diverses dispositions concernant le Trésor (Caisses de Crédit mutuel), *Journal officiel* du 13 avril 1964, cons. 2 ; Décision n° 65-35 L du 2 juillet 1965, Nature juridique des articles 1er, 2, 3, 4 et 5 de l'ordonnance n° 59-247 du 4 février 1959 relative au marché financier, *Journal officiel* du 23 août 1965, cons. 2 ; Décision n° 67-44 L du 27 février 1967, Nature juridique de diverses dispositions des titres I et II du Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme, *Journal officiel* du 19 mars 1967, cons. 7.
[381] Décision n° 64-27 DC du 18 décembre 1964, Loi de finances pour 1965, *Journal officiel* du 24 décembre 1964, p. 11593.

au pouvoir réglementaire doivent être considérées, sauf dispositions expresses contraires, comme échappant au domaine de la loi »[382]. D'autant que d'autres décrets ont été pris dans ce domaine et ce, postérieurement à l'application de la Constitution. Le juge de la constitutionnalité précise alors que « si l'article 34 de la Constitution réserve à la compétence du législateur le soin d'édicter les règles concernant ces garanties fondamentales, lesdites règles doivent être appréciées dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure à la Constitution en vue de permettre certaines interventions de la puissance publique jugées nécessaires en la matière »[383]. En conséquence, le juge de la constitutionnalité censure la loi : elle n'a pas respecté le partage des compétences de la Constitution de 1958 interprétée à la lumière de la pratique de la IV[ème] République. Cette position jurisprudentielle est surprenante. Non seulement le juge de la constitutionnalité empiète sur l'office du juge de la répartition des compétences normatives pour rendre une décision à la faveur du Gouvernement mais, en plus, il utilise la répartition des compétences datant d'avant 1958. Néanmoins, cette technique n'est plus utilisée par le juge de la constitutionnalité puisqu'il refuse désormais de censurer le législateur pour ce motif.

2. *La distinction entre l'office du juge de la constitutionnalité et l'office du juge de la répartition des compétences normatives*

Le juge de la constitutionnalité et le juge de la répartition des compétences normatives sont censés être distincts, de telle sorte que l'office du juge de la répartition des compétences normatives ne peut plus être exercé par le juge de la constitutionnalité. Ce dernier doit alors se cantonner à contrôler la conformité des lois à la Constitution sans vérifier si ces dernières empiètent sur le domaine réglementaire.

La décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982[384] marque un premier revirement jurisprudentiel. À cette occasion, les requérants font valoir que la loi soumise au contrôle du juge de la constitutionnalité est contraire à la Constitution car l'article 34, notamment, aurait été méconnu. Certaines dispositions de la loi autorisaient des administrateurs généraux ou des conseils d'administration à transférer du secteur public au secteur privé des entreprises

[382] L. Favoreu et L. Philip, « Commission de vérification des comptes des entreprises publiques » *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, p. 197.
[383] Considérant 5 de la décision n° 64-27 DC du 18 décembre 1964.
[384] Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, *Journal officiel* du 17 janvier 1982, p. 299.

nationalisées. Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas jugé de telles dispositions contraires à la Constitution car, selon lui, le législateur peut désigner les autorités compétentes chargées d'un tel transfert[385]. Pourtant, l'article 34 de la Constitution est parfaitement limpide sur ce point : « la loi fixe également les règles concernant : (…) les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ». Alors que la Constitution prévoit explicitement la compétence du législateur, la délégation de compétences n'est pas sanctionnée par le Conseil constitutionnel qui admet une « zone commune entre le domaine de la loi et celui du règlement »[386].

En ce début d'année 1982, la jurisprudence du Conseil était indécise : la répartition entre le domaine de la loi et celui du règlement n'était pas achevée. Au contraire, des ambiguïtés apparaissent de nouveau avec la décision n° 82-139 DC du 11 février 1982[387]. Les auteurs de la saisine contestent que le législateur vise expressément les critères de la nationalisation et les entreprises concernées, à savoir des banques. Les députés considèrent que la liste d'entreprises sujettes à la nationalisation relève de la compétence du pouvoir réglementaire. Finalement, le Conseil constitutionnel estime que l'extension du domaine du législateur n'est pas contraire à la Constitution. Le juge de la constitutionnalité ne parvient donc pas à opérer une répartition claire. Il a fallu attendre la décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982 pour comprendre que le juge de la constitutionnalité refusait désormais de censurer les dispositions législatives intervenant dans le domaine réglementaire. Il adopte à cette occasion, un considérant célèbre : « Considérant, sur le second point, que, si les articles 34 et 37, alinéa 1er, de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, la portée de ces dispositions doit être appréciée en tenant compte de celles des articles 37, alinéa 2, et 41 ; que la procédure de l'article 41 permet au Gouvernement de s'opposer au cours de la procédure parlementaire et par la voie d'une irrecevabilité à l'insertion d'une disposition réglementaire dans une loi, tandis que celle de l'article 37, alinéa 2, a pour effet, après la promulgation de la loi et par la voie d'un déclassement, de restituer l'exercice de son pouvoir réglementaire au Gouvernement et de donner à celui-ci le droit de modifier une telle disposition par décret ; que l'une et l'autre de ces procédures ont un caractère facultatif ; qu'il apparaît ainsi que, par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au

[385] Considérants 38 et 39 de la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.
[386] M. de Villiers, « Vers la neutralisation des articles 34 et 37 ? (Suite) », *RA*, 1983, p. 360.
[387] Décision n° 82-139 DC du 11 février 1982, Loi de nationalisation, *Journal officiel* du 12 février 1982, p. 560.

Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiétements de la loi ; que, dans ces conditions, les députés auteurs de la saisine ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution »[388]. Le législateur peut donc s'immiscer dans le domaine réglementaire sans encourir la censure du juge de la constitutionnalité. Pourtant, en l'espèce, le moyen tiré de l'incompétence du législateur pour instituer une amende contraventionnelle avait de sérieuse chance d'aboutir[389]. En effet, les peines contraventionnelles qui ne sont pas assorties de peines privatives de liberté[390] sont du domaine réglementaire depuis 1973[391].

Ce tournant jurisprudentiel a été confirmé à plusieurs reprises[392]. En conséquence, « la révolution était possible [mais] la révolution n'a pas eu lieu »[393], le pouvoir réglementaire autonome distinct de celui qui exécute les lois n'existe pas[394], une loi formellement législative peut être matériellement réglementaire[395], sans être pour autant contraire à la Constitution. « L'incompétence positive »[396] n'est, en ce sens, pas considérée comme un vice de constitutionnalité.

---

[388] Considérant 11 de la décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.
[389] L. Favoreu, « Note sous décision n° 82-143 DC », *RDP*, 1983, p. 352.
[390] Le Conseil constitutionnel opère une distinction entre les contraventions dont les peines sont privatives de libertés et celles dont les peines ne sont pas privatives de liberté. Les premières sont de la compétence du législateur contrairement aux deuxièmes qui sont de la compétence du pouvoir réglementaire.
[391] À cette occasion, le Conseil attribue non seulement compétence au législateur là où autrefois seul le pouvoir réglementaire était compétent, mais surtout il se fonde notamment sur les dispositions du préambule : « Considérant qu'il résulte des dispositions combinées du préambule, des alinéas 3 et 5 de l'article 34 et de l'article 66 de la Constitution, que la détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables est du domaine réglementaire lorsque lesdites peines ne comportent pas de mesure privative de liberté », en vertu du considérant 11 de la décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973, Nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion, *Journal officiel* du 6 décembre 1973, p. 12949.
Avant 1973, une jurisprudence résultant de la décision n° 63-22 L du 19 février 1963 (Nature juridique des dispositions de l'article 29 de l'ordonnance n° 58-1297 du 23 décembre 1958 modifiant certaines peines en vue d'élever la compétence des tribunaux de police, en tant qu'elles modifient l'article 25-II-B-a de la loi du 14 avril 1952 portant loi de finances pour l'année 1952, *Journal officiel* du 16 mai 1963, p. 4466) s'appliquait.
[392] Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public, *Journal officiel* du 22 juillet 1983, p. 2267, cons. 97 ; Décision n° 83-167 DC du 19 janvier 1984, Loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, *Journal officiel* du 20 janvier 1984, p. 351, cons. 37.
[393] J. Rivero, « Rapport de synthèse », *in Le domaine de la loi et du règlement*, *op. cit*., p. 263.
[394] L. Favoreu, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 1987, p. 871.
[395] L. Favoreu, L. Philip, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva et A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 264 : « si une loi peut comporter des dispositions réglementaires sans être inconstitutionnelle, c'est que la loi se définit simplement comme l'acte voté par le Parlement selon certaines formes, sans prendre en considération la matière sur laquelle porte cet acte ».
[396] A. Le Pillouer, « L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente », *RFDA*, 2009, p. 1203.

En 2005, une inflexion temporaire s'est produite dans la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005[397]. À cette occasion, le juge de la constitutionnalité a ouvert une brèche puisqu'il a explicitement reconnu que des dispositions relevaient du domaine réglementaire[398]. Il a ainsi autorisé le Gouvernement à modifier lesdites matières sans le saisir sur le fondement de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution[399]. Toutefois, cette décision n'a pas constitué un revirement : les conséquences auraient été trop néfastes et sa « portée incommensurable »[400]. Elle n'était qu'une décision d'espèce visant à dénoncer les défauts des textes législatifs. Finalement, dès 2012[401], le Conseil constitutionnel renoue avec sa jurisprudence traditionnelle en refusant de nouveau d'autoriser une délégalisation[402] dans l'exercice de son office de juge de la constitutionnalité.

Une loi n'est donc que l'acte voté par le Parlement quelles que soient les matières dans lesquelles elle intervient. La censure n'est plus encourue en cas de méconnaissance de la répartition des compétences prévue aux articles 34 et 37 de la Constitution. Par cette décision, la tentative des constituants de 1958 d'instaurer une loi matérielle n'est restée qu'une expérimentation[403]. Une telle jurisprudence vise à éviter les saisines systématiques par l'opposition politique pour bloquer l'action gouvernementale.

Toutefois, en renonçant à sanctionner les empiètements du législateur, le juge de la constitutionnalité ne respecte plus la volonté initiale des constituants. Il encourage le législateur à intervenir puisqu'il étend son champ d'action. L'émancipation du juge de la constitutionnalité, en ce qu'il exerce un pouvoir normatif, a également été profitable au législateur.

---

[397] Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, *Journal officiel* du 24 avril 2005, p. 7173, texte n° 2.
[398] Considérant 23 de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005.
[399] Cet article consacre la compétence du Conseil constitutionnel permettant au Gouvernement d'obtenir une autorisation en vue pour délégaliser.
[400] « Commentaire de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 », *CCC*, n° 19, 2006, disponible à l'adresse, p. 7 :
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier19/ccc_512dc.pdf.
[401] Décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, *Journal officiel* du 23 mars 2012, p. 5253, texte n° 2, cons. 10.
[402] J. Benetti, « " Exception jurisprudentielle " et " décision d'espèce" ou comment (re)virer de direction sans le dire », *Constitutions*, 2012, p. 267.
[403] G. Drago, « Le périmètre de la loi », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, p. 667.

B. Le pouvoir normatif du juge de la constitutionnalité, source de compétences législatives

Dans certains pays, la liberté juridictionnelle est consacrée explicitement. Par exemple l'article 1er, alinéa 2 du code civil Suisse[404] prévoit explicitement la marge d'appréciation du juge : « à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». L'article 21 du code civil de la Louisiane précise que « dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est obligé de procéder conformément à l'équité ; pour décider suivant l'équité, il doit recourir à la loi et à la raison, aux usages reçus, dans le silence de la loi ». Toutefois, en France, comme dans d'autres pays[405], une méfiance à l'égard de la fonction juridictionnelle persiste. C'est un vestige de l'Ancien Régime même si aujourd'hui, le gouvernement des juges tend à devenir caricatural[406]. Ainsi, le pouvoir créateur du juge constitutionnel s'est progressivement imposé[407]. « Le pouvoir normatif des juges constitutionnels existe ; il existe nécessairement ; il existe partout et même là où on l'attend le moins »[408]. Le Conseil constitutionnel fait œuvre normative, « à partir du moment où [les décisions] permettent l'abrogation ou la création d'une norme interprétative du droit en vigueur (…), [elles sont] (…) des sources du droit »[409]. À ce titre, il est à l'origine de la création de principes généraux du droit et d'objectifs de valeur constitutionnelle. Ces deux grandes catégories de normes jurisprudentielles intéressent le cadre de l'analyse dans le sens où elles constituent une nouvelle source de compétence pour le législateur. Ainsi, à chaque fois que le juge de la constitutionnalité dégage un principe général du droit (1) ou un objectif de valeur constitutionnelle (2), c'est la compétence du législateur qui s'en voit élargie.

1. La création par le juge de la constitutionnalité de principes généraux du droit

Les principes généraux du droit sont avant tout l'œuvre du Conseil d'État. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a lui aussi dégagé des principes généraux du droit. « Il est possible

[404] Code civil suisse du 10 décembre 1907.
[405] L'exemple le plus connu est les Etats-Unis. Édouard Lambert accuse en 1921 les juges de la Cour suprême de gouverner en lieu et place des représentants : É. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, op. cit.*, 276p.
[406] J.-D. Bredin, « Un gouvernement des juges ? », *Pouvoirs*, n°68, 1994, p. 82.
[407] S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, 1974, p. 271.
[408] D. de Béchillon, « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », *CCC*, n° 24, 2008, p. 78.
[409] A. Pizzorusso, « Les effets des décisions du juge constitutionnel », *AIJC*, 1995, pp. 13-14.

d'affirmer que le marché des principes généraux du droit a brusquement évolué d'une situation de monopole au profit du Conseil d'Etat vers une situation de duopole par l'entrée en jeu du Conseil constitutionnel »[410]. La Haute instance exerce alors un pouvoir normatif en créant des normes juridiques[411].

Il est admis depuis longtemps que la juridiction administrative suprême fonde parfois ses décisions sur des règles de droit non écrites. « La théorie des principes généraux du droit est inhérente et consubstantielle au Conseil d'Etat, qui l'a engendrée, qui l'a systématisée, qui l'a développée »[412]. Il est difficile de déterminer le premier arrêt dans lequel le juge administratif a dégagé un principe général du droit. En effet, avant la Seconde guerre mondiale, le Conseil d'État les utilisait modérément. Sont néanmoins admis comme tel le principe d'égalité devant la loi[413], le principe du secret du délibéré[414] ou encore le principe de la liberté de l'enseignement[415]. Cependant, d'aucuns[416] estiment que la jurisprudence fondatrice est un arrêt d'Assemblée rendu par le Conseil d'État, *Aramu et autres* du 26 octobre 1945[417]. À cette occasion, le juge administratif érige les droits de la défense en principe général du droit, applicables même sans texte.

Le Conseil constitutionnel, quant à lui, a aussi dégagé de tels principes. Néanmoins, son œuvre créatrice ne résulte pas uniquement de l'office du juge de la répartition des compétences normatives. Au contraire, le juge de la constitutionnalité en a également découverts. Pourtant, leur création est susceptible de provoquer un accroissement de compétences au profit du législateur[418] puisque seule la loi peut porter atteinte à un principe général du droit[419]. Le

---

[410] J.-M. Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Dalloz, 2003, p. 118.
[411] M. Voisset, « La reconnaissance de l'existence de principes généraux du droit par le Conseil constitutionnel (à propos de la décision du 26 juin 1969) », *JCP G*, 1969, 2290 bis, p. 63.
[412] J.-M. Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, *op. cit*., p. 9.
[413] CE, 9 mai 1913, *Roubeau*, Lebon p. 521.
[414] CE, 17 novembre 1922, *Légillon*, Lebon p. 849.
[415] CE, Ass., 7 janvier 1942, *Union nationale des associations de parents d'élèves de l'enseignement libre*, Lebon p. 2.
[416] C'est notamment le cas de René Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, *op. cit*., p. 95.
[417] CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres*, Lebon p. 213.
[418] Est « un principe général "de notre droit" le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet », Décision n° 69-55 L du 26 juin 1969, Nature juridique de certaines dispositions modifiées, des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, des articles 2 et 13 bis de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques et de l'article 98-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation, *Journal officiel* du 13 juillet 1969, p. 7161, cons. 5 ; Le tribunal administratif doit procéder à un examen contradictoire des réclamations fiscales constitue un principe général, selon la décision n° 72-75 L du 21 décembre 1972, Nature juridique des dispositions de l'article 48, alinéa 2, modifié, de la loi du 22 juillet 1889 sur la procédure à suivre devant les tribunaux administratifs et article 13, paragraphes 1 et 2, de la loi du 27 décembre 1963 portant unification ou harmonisation des procédures, délais et pénalités en matière fiscale, *Journal officiel* du 31 décembre 1972, p. 13900.
[419] Position du Conseil constitutionnel confirmée par le Conseil d'État : CE, Ass., 10 mai 1974, *Barre et Honnet*, Lebon p. 276

Conseil n'exerce donc pas, ici, une compétence résultant de son office. En 1982, le juge de la constitutionnalité dégage le principe général du droit du non-cumul des peines en matière de crimes et délits[420] en admettant que « cette règle n'a que valeur législative et qu'il peut donc toujours y être dérogé par une loi »[421]. Dans ses décisions DC, le Conseil constitutionnel adopte, une fois encore, une jurisprudence tendant à élargir les compétences du législateur.

Il n'est pas toujours aisé de distinguer, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel[422], les principes généraux du droit des principes constitutionnels. Parfois, deux principes, dotés d'une valeur juridique distincte, ont un contenu identique[423]. C'est le cas du principe de non-rétroactivité. Celui-ci s'impose au législateur dans la matière pénale[424] et « s'étend (…) à toute sanction ayant le caractère d'une punition »[425]. En ce sens, constitue un principe général du droit le principe selon lequel la loi non répressive peut s'appliquer rétroactivement[426]. En effet, « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'une disposition fiscale ait un caractère rétroactif »[427]. En revanche, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale est de valeur constitutionnelle. Ainsi, le juge de la constitutionnalité ne limite temporellement le pouvoir du législateur qu'à une matière. *A contrario,* les principes de valeur constitutionnelle constituent une nouvelle norme de référence à laquelle le législateur doit se conformer. Le Doyen Favoreu, à cet égard, opère une classification selon le degré d'importance : les principes de valeur constitutionnelle sont « essentie[ls] » tandis que les principes généraux du droit sont « importants »[428].

---

[420] Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4, *Journal officiel* du 31 juillet 1982, p. 2470, cons. 13.
[421] Considérant 13 de la décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.
[422] Ici, il n'est pas question de la jurisprudence du Conseil d'Etat. En effet, la juridiction administrative a déjà eu l'occasion de dégager un principe général du droit doté d'une valeur constitutionnelle. Voir en ce sens : CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseils*, Lebon p. 364.
[423] Louis Favoreu va jusqu'à admettre que le Conseil constitutionnel pourrait dégager des principes de valeur réglementaire avant d'ajouter qu'il ne l'a pas encore fait. L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 22.
[424] Seul le domaine pénal est concerné par l'article 8 de la DDHC en vertu de la décision n° 80-126 DC du 30 décembre 1980, Loi de finances pour 1981, *Journal officiel* du 31 décembre 1980, p. 3242.
[425] Décision n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, Loi de finances rectificative pour 1982, *Journal officiel* du 31 décembre 1982, p. 4034, cons. 33.
[426] Décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, Loi de finances pour 1985, *Journal officiel* du 30 décembre 1984, p. 4167, cons. 31 ; Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, *Journal officiel* du 27 juin 1986, p. 7978, cons. 35 : « Considérant que le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 qu'en matière répressive ; que, dès lors, les dispositions du 1° de l'article 2, qui permettent d'attacher une portée rétroactive aux exonérations de charges sociales autorisées par la loi, ne sont pas contraires à la Constitution ».
[427] Considérant 32 de la décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984 ; position jurisprudentielle confirmée par la décision n° 84-186 DC du 29 décembre 1984, Loi de finances rectificative pour 1984, *Journal officiel* du 30 décembre 1984, p. 4171, cons. 4.
[428] L. Favoreu, « Note sous décision n° 82-143 DC », art. cité, p. 362.

Aujourd'hui le Conseil constitutionnel n'utilise plus cette théorie de principe général du droit[429] et l'a « laissée (…) à son créateur »[430]. Néanmoins, la jurisprudence du juge de la constitutionnalité a participé à la création même si sa contribution est restée minime. Ainsi, il a concouru à l'accroissement du domaine du législateur. Le pouvoir normatif du Conseil constitutionnel est donc favorable au législateur. C'est également ce qu'il ressort de la reconnaissance des objectifs de valeur constitutionnelle.

2. L'accroissement du domaine de la loi grâce aux objectifs de valeur constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel est « l'auteur de l'inclusion des différents objectifs [de valeur constitutionnelle] dans cette catégorie nominative »[431]. Ces objectifs « mettent en œuvre des principes constitutionnels »[432] mais cette qualification « ne figure dans aucun texte de valeur constitutionnelle »[433]. En d'autres termes, ce « sont des normes de conciliation [qui] servent notamment à nuancer le caractère absolu de certains droits fondamentaux »[434]. En formulant de tels objectifs, le juge de la constitutionnalité accroît le champ d'action du législateur et, par ricochet, procède à une répartition des compétences normatives. En les consacrant, le juge de la constitutionnalité dégage en effet, une nouvelle source de compétences. Certes, la démarche du juge de la constitutionnalité est davantage « le fruit d'une interprétation » puisque les objectifs de valeur constitutionnelle « ne sont pas créés par le juge » [435]. Néanmoins, mais son attitude n'en reste pas moins « audacieuse »[436] et ce d'autant plus lorsqu'il ne se réfère pas expressément à un texte.

Le plus souvent, le juge de la constitutionnalité consacre ces objectifs en se référant expressément à un article du texte suprême. Par exemple, quelle que soit ses déclinaisons, le pluralisme, est rattaché à l'article 11 de la DDHC : qu'il s'agisse du pluralisme des courants

---

[429] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit*., p. 505.
[430] J.-M. Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, *op. cit*., p. 122.
[431] P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, p. 35.
[432] F. Luchaire, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, n°64, 2005, p. 677.
[433] P. Jan, « Les objectifs de valeur constitutionnelle et le contentieux administratif : de beaux principes, seulement », *LPA*, n°193, 2002, p. 15.
[434] M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit*., p. 195.
[435] P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 97.
[436] *Ibid.*

d'expression socioculturels[437], du pluralisme des courants d'expression socioculturels[438], du pluralisme des courants de pensées et d'opinions[439] ou encore du pluralisme et de l'indépendance des médias[440]. De même, la protection de la santé publique est rattachée à l'article 10 du Préambule de la Constitution de 1946[441], tout comme « l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives »[442] lié à l'article 3, alinéa 5, de la Constitution. Néanmoins, dans d'autres cas, le juge de la constitutionnalité érige un objectif sans se fonder précisément sur un texte. Selon Pierre de Montalivet, le Conseil constitutionnel s'abstient de toute référence textuelle pour affirmer trois objectifs de valeur constitutionnelle : la sauvegarde de l'ordre public[443], la recherche des auteurs d'infractions[444] et le respect de la liberté d'autrui[445].

Le juge de la constitutionnalité élargit le domaine de la loi en prévoyant le but que devra atteindre le législateur. Au nom du respect de ces objectifs, le législateur est même autorisé à limiter les droits fondamentaux[446]. Plus encore, « les objectifs ne se contentent pas d'ordonner l'abstention du législateur mais lui commandent d'agir dans un sens déterminé. Ils déterminent non seulement négativement mais encore positivement sa "conduite" »[447]. Il exige donc du pouvoir législatif d'intervenir dans ce domaine et c'est là une obligation constitutionnelle car « la mise en œuvre des objectifs de valeur constitutionnelle constitue une réserve de loi, c'est-à-dire une compétence législative obligatoire et indisponible. Le législateur a l'obligation

[437] Décision n° 93-333 DC du 21 janvier 1994, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *Journal officiel* du 26 janvier 1994, p. 1377.
[438] Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *Journal officiel* du 2 août 2000, p. 11922.
[439] Décision n° 2004-497 DC du 1 juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, *Journal officiel* du 10 juillet 2004, p. 12506, texte n° 2.
[440] Décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, *Journal officiel* du 7 mars 2009, p. 4336, texte n° 4.
[441] Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, *Journal officiel* du 18 août 1993, p. 11722, cons. 70.
[442] Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, *Journal officiel* du 7 juin 2000, p. 8564, cons. 7 ; Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, *Journal officiel* du 12 avril 2003, p. 6493, cons. 26.
[443] Décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France, *Journal officiel* du 1er août 1989, p. 9679, cons. 12.
[444] Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, *Journal officiel* du 23 juillet 1996, p. 11108, cons. 16 ; Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, *Journal officiel* du 25 avril 1997, p. 6271, cons. 17.
[445] Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle, *Journal officiel* du 27 juillet 1982, p. 2422, cons. 5.
[446] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des " exigences constitutionnelles ", *RFDC*, n°80, 2009, p. 755.
[447] P. de Montalivet, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *CCC*, n° 20, 2006, p. 173.

d'exercer effectivement sa compétence »[448]. Une disposition législative laconique encourt la censure du juge de la constitutionnalité car le législateur aurait méconnu un objectif de valeur constitutionnelle. C'est ce qui ressort de la décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986[449] dans laquelle le Conseil juge « qu'en raison de l'insuffisance des règles énoncées par les articles 39 et 41 de la loi pour limiter les concentrations susceptibles de porter atteinte au pluralisme, le législateur a méconnu sa compétence au regard de l'article 34 de la Constitution »[450] car « en l'état, les dispositions des articles 39 et 41 de la loi ne satisfont pas, à elles seules, à l'exigence constitutionnelle de préservation du pluralisme, ni dans le secteur de la communication audiovisuelle, ni dans celui de la communication en général »[451]. En ce sens, l'incompétence négative du législateur est sanctionnée car il n'a pas atteint l'obligation de résultat découlant de l'objectif de valeur constitutionnelle qui lui incombe[452].

En conséquence, une loi risque en premier lieu une censure dès lors qu'elle porte atteinte à un objectif de valeur constitutionnelle[453]. D'ailleurs, régulièrement, le juge de la constitutionnalité vérifie si le législateur n'a pas méconnu un tel objectif[454]. À ce titre, le législateur encourt davantage une censure dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* que dans la procédure QPC. En effet, le juge de la constitutionnalité n'accepte pas le seul grief tiré d'une violation d'un objectif de valeur constitutionnelle[455] car ce

[448] P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 390.
[449] Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, *Journal officiel* du 19 septembre 1986, p. 11294.
[450] Considérant 35 de la décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986.
[451] Considérant 36 de la décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986.
[452] Pour un autre exemple : décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, Loi portant réforme du régime juridique de la presse, *Journal officiel* du 30 juillet 1986, p. 9393, cons. 23 : « considérant, dès lors, qu'en l'état de leur rédaction, les dispositions de l'article 11, loin d'aménager, comme pouvait le faire le législateur, les modalités de protection du pluralisme de la presse et, plus généralement, des moyens de communication dont la presse est une composante, ne permettent pas de lui assurer un caractère effectif ; qu'elles ont même pour effet, par leur combinaison avec l'abrogation de la législation antérieure, de priver de protection légale un principe de valeur constitutionnelle ».
[453] Par exemple, dans la décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003 (Loi portant réforme de l'élection des sénateurs, *Journal officiel* du 31 juillet 2003, p. 13038, cons. 26), le législateur n'a pas respecté l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.
[454] Par exemple : décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France, *Journal officiel* du 1er août 1989, p. 9679, cons. 13 ; voir aussi, pour une application plus récente, la décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *Journal officiel* n°0181 du 7 août 2015, p. 13616, texte n° 2, cons. 26.
[455] Décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, M. Alain C. et autre [Indemnité temporaire de retraite outre-mer], *Journal officiel* du 23 juillet 2010, p. 13615, texte n° 115, cons. 9 : « considérant que, si l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ».
Voir aussi, plus récemment : décision n° 2018-735 QPC du 27 septembre 2018, M. Xavier B. et autres [Cotisation due au titre de la protection universelle maladie], *Journal officiel* n°0224 du 28 septembre 2018, texte n° 51, cons. 27.

moyen ne constitue pas « un droit ou une liberté au sens de l'article 61-1 de la Constitution »[456]. En revanche, il est susceptible d'être invoqué à l'appui d'une violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnel[457].

En second lieu, le législateur est susceptible de se voir sanctionné si son intervention est insuffisante, en cas d'imprécision législative. En somme, le juge de la constitutionnalité contraint le législateur à intervenir[458]. De la sorte, les objectifs de valeur constitutionnelle apparaissent alors comme « des normes de compétences »[459]. En effet, « le législateur et de manière plus accessoire, le pouvoir réglementaire sont les autorités qui doivent mettre en œuvre les objectifs »[460]. Ainsi, le juge de la constitutionnalité a « déplacé » la compétence du législateur et a procédé à une répartition des compétences puisque « le vrai perdant est le pouvoir réglementaire » [461].

Ce faisant, en dégageant de tels objectifs, le juge de la constitutionnalité encourage une intervention du législateur, il participe donc à l'accroissement du domaine de la loi. Le pouvoir normatif du juge de la constitutionnalité contribue à élargir le champ d'action du législateur.

L'émancipation du juge de la constitutionnalité, qui se constate dans la consécration du caractère formel de la loi et l'exercice d'un pouvoir normatif, participe à une répartition des compétences normatives favorable au législateur. En conséquence, le bloc de constitutionnalité est interprété par le juge de la constitutionnalité d'une façon à rendre visible un autre office du Conseil constitutionnel, à savoir celui du juge de la répartition des compétences normatives. Ainsi, les deux offices se déploient lorsqu'il s'agit de lire les textes de valeur constitutionnelle.

---

[456] « Commentaire de la décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010 », *CCC*, n° 30, disponible à l'adresse, p. 2 : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/20104qpc/ccc_4qpc.pdf.

[457] Décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, M. Christian S. [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle], *Journal officiel* du 1 décembre 2012, p. 18908, texte n° 93, cons. 12 : « que si la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, l'atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité de la loi qui résulte de l'absence de version officielle en langue française d'une disposition législative peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité ».

[458] Par exemple, c'est le cas dans la décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat, *Journal officiel* du 21 janvier 1995, p. 1166, cons. 8 : « il incombe tant au législateur qu'au Gouvernement de déterminer, conformément à leurs compétences respectives, les modalités de mise en œuvre de cet objectif à valeur constitutionnelle ; que le législateur peut à cette fin modifier, compléter ou abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées à la seule condition de ne pas priver de garanties légales des principes à valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objet de mettre en œuvre ».

[459] J. Trémeau, « Note sous décision n° 98-403 DC », *RFDC*, n° 36, 1998, p. 768.

[460] M. Verpeaux, « Les objectifs en droit constitutionnel », *in Les objectifs dans le droit*, Dalloz, 2010, p. 97.

[461] B. Jorion, « La possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle », *AJDA*, 1995, p. 455.

Contrairement à l'intention initiale des rédacteurs de la Constitution de 1958, le Conseil constitutionnel accroît le domaine de la loi, et ce y compris lorsque l'article 38 est utilisé.

Section 2 : Le juge de la constitutionnalité, gardien du domaine de la loi dans le cadre de l'application de l'article 38

Le juge de la constitutionnalité autorise le législateur et le Gouvernement sur le fondement de l'article 38 de la Constitution à abroger des dispositions réglementaires consacrées dans une loi. Cela résulte d'une décision de 2007 dans laquelle le Conseil précise que « si le deuxième alinéa de l'article 37 de la Constitution ouvre au Gouvernement la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel aux fins de déclarer que des textes de forme législative, intervenus après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, ont un caractère réglementaire et peuvent donc être modifiés par décret, il est loisible au législateur d'abroger lui-même des dispositions de nature réglementaire figurant dans des textes législatifs ; qu'en vertu de l'habilitation qui lui a été consentie en application de l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement pouvait donc procéder à de telles abrogations »[462]. En ce sens, le Conseil n'opère pas de distinction entre le Gouvernement habilité à s'immiscer dans le domaine de la loi et le législateur lui-même. Le juge de la constitutionnalité ici se comporte comme les constituants de la Constitution de 1958 l'avaient imaginé : créé initialement pour prévenir les immixtions du Parlement dans le domaine réglementaire, il facilite et encourage l'abrogation de dispositions législatives empiétant sur des matières réglementaires.

Pour autant, lorsque s'applique l'article 38 de la Constitution, le paradoxe est remarquable : le juge de la constitutionnalité cherche à limiter les empiètements du pouvoir réglementaire. En effet, il vérifie que le Parlement ne délègue qu'avec parcimonie le pouvoir législatif qui lui est dévolu. Pour cela, il se charge de contrôler rigoureusement le recours à l'article 38 de la Constitution (§ 1) et autorise même le législateur à envahir le domaine réglementaire (§ 2).

[462] Décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), *Journal officiel* du 22 janvier 2008, p. 1131, texte n° 3.

§1 : Le contrôle rigoureux des habilitations législatives

Sous la III[ème] République, les chambres avaient pris l'habitude de confier au Gouvernement leur compétence normative et « le phénomène dev[enait] monnaie courante avec la Première Guerre mondiale »[463]. Toutefois, la Constitution de 1946, a souhaité y mettre fin en prohibant les décrets-lois par son article 13 : « l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit. ». Cet article « interdisait le remède sans faire disparaître l'affection qui l'avait rendu nécessaire »[464]. Malgré cela, un subterfuge[465] fut trouvé permettant de recourir à des décrets dans le domaine de la loi. Saisi d'une demande d'interprétation de l'article 13, le Conseil d'État, dans un avis du 6 février 1953[466], admettait la délégation législative sous conditions. Il a estimé, d'une part, que certaines matières sont exclusivement réservées au législateur, conformément à la Constitution et à la tradition républicaine et, d'autre part, que, en vertu de l'article 3 de la Constitution de 1946, le pouvoir réglementaire ne peut être autorisé à intervenir dans le domaine de la loi qu'exceptionnellement et dans des matières limitativement énumérées par le législateur. Cet avis annonce l'article 38 de la Constitution de 1958.

Sous la V[ème] République, une procédure dérogeant au critère organique de la répartition des compétences normatives voit le jour[467]. La distinction des matières réglementaires et législatives connaît une exception. Conformément à l'article 38[468] de la Constitution, pour habiliter le Gouvernement à intervenir dans le domaine de la loi, le Parlement doit l'y autoriser expressément pour l'adoption d'une loi. Cette loi, appelée loi d'habilitation, peut faire l'objet d'un contrôle du juge de la constitutionnalité sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution. En effet, le terme « loi » utilisé par les rédacteurs de la Constitution dans cet article fait référence, selon le Conseil constitutionnel, à « toutes lois votées par le Parlement »[469]. Le contrôle opéré par le juge de la constitutionnalité s'agissant des lois d'habilitation est

---

[463] J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel, Théorie générale – Histoire Régimes étrangers*, Tome 1, *op. cit.*, p. 283.
[464] B. Stirn, « Commentaire de l'avis n°60.497 du 6 février 1953 du Conseil d'État », *in* Th. Dal Farra, Y. Gaudemet, F. Rolin et B. Stirn, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3[ème] édition, Dalloz, 2008, p. 85.
[465] Il s'agit de la loi André Marie instituant des lois cadres dans lesquelles le législateur faisait explicitement référence à l'intervention du pouvoir réglementaire, ce dernier devant intervenir dans le domaine de la loi sans limitation de durée.
[466] CE, Avis du 6 février 1953, n°60.497.
[467] M. Verpeaux, « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », *CCC*, n° 19, 2006, p. 96.
[468] « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ».
[469] Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, *Journal officiel* du 7 novembre 1962, p. 10778, cons. 2.

« sévère »[470]. Il s'agit uniquement de l'article 38 de la Constitution puisque l'article 74-1[471] consacre une habilitation constitutionnelle. Attaché à la classification normative opérée par les constituants, il refuse que le législateur délègue excessivement sa compétence (A). En outre, il limite les empiètements du pouvoir réglementaire en utilisant la technique des réserves d'interprétation (B).

A. Le contrôle de la loi d'habilitation

Le juge de la constitutionnalité contrôle avec rigueur les lois d'habilitation. En ce sens, il censure toute initiative parlementaire (1), il refuse que certaines matières soient déléguées (2) et exige une précision suffisante de la loi d'habilitation (3).

1. La censure des initiatives parlementaires

Le juge de la constitutionnalité défend le respect du partage des compétences des articles 34 et 37 de la Constitution. L'application de l'article 38 de la Constitution est une exception à ce partage de compétences et c'est d'ailleurs pour cela qu'il contrôle avec intransigeance les délégations législatives[472].

Le Conseil constitutionnel censure les propositions de loi d'habilitation[473]. Conformément à l'article 38 de la Constitution, seules sont admises les demandes émanant du Gouvernement[474]. Il n'admet que les projets de loi ou encore les amendements du

[470] A.-M. Le Pourhiet, *Les ordonnances, la confusion des pouvoirs en droit public*, LGDJ, 2011, p. 65.
[471] « Dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, par ordonnances, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole ou adapter les dispositions de nature législative en vigueur à l'organisation particulière de la collectivité concernée, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure ».
[472] Utilisation indistincte sera faite du terme « délégation » et « habilitation » législatives. Alors que pour le Professeur Favoreu, « il n'y a pas délégation du pouvoir législatif : il y a simplement extension du pouvoir réglementaire » (*in* « Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français », *RFDC*, 1997, p. 719) pour les rédacteurs de la Constitution de 1958, l'article 38 constitue aussi une délégation, comme le prouve l'emploi du mot à l'article 41 (« S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité »).
[473] Décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, *Journal officiel* du 27 janvier 2005, p. 1412, texte n° 3.
[474] « Le Gouvernement peut (…), demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, (…), des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ».

Gouvernement[475], l'objectif étant d'éviter le retour aux décrets-lois d'antan ayant valeur législative. Pour empêcher les délégations législatives excessives, il se réfère aux articles 3 et 34 de la Constitution : « aux termes de l'article 3 de la Constitution : "La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice" ; qu'en vertu du premier alinéa de son article 34 : "La loi est votée par le Parlement" ; qu'en dehors des cas prévus par la Constitution, il n'appartient qu'au Parlement de prendre des mesures relevant du domaine de la loi ; qu'en particulier, en application de l'article 38, seul le Gouvernement "peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi" ; que le législateur ne saurait déléguer sa compétence dans un cas non prévu par la Constitution »[476].

Ainsi, le Conseil constitutionnel, protecteur du domaine de la loi, est sourcilleux s'agissant des habilitations législatives : le Parlement ne peut pas déléguer son pouvoir législatif de son propre chef et ne peut que rejeter ou amender le texte. S'agissant du rejet, le Parlement n'a encore jamais rejeté une demande d'habilitation. Néanmoins, une fois, il s'en ait fallu de peu. Il s'agissait de la loi n° 95-1348 du 30 décembre 1995 autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale[477]. À cette occasion, des mécanismes du parlementarisme rationalisé ont été utilisés cumulativement, à savoir la procédure accélérée prévue par l'article 45, alinéa 2 de la Constitution[478] et l'application de l'article 49, alinéa 3[479]. Les parlementaires contestaient l'utilisation combinée de ces dispositions en estimant qu'il n'y avait pas eu de « réel débat parlementaire »[480].

---

[475] Décision n° 2006-534 DC du 16 mars 2006, Loi pour le retour à l'emploi et sur les droits et les devoirs des bénéficiaires de minima sociaux, *Journal officiel* du 24 mars 2006, p. 4443, texte n° 3, Cons. 8.
[476] Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, Loi relative à la Corse, *Journal officiel* du 23 janvier 2002, p. 1526, cons. 20.
[477] Publiée au *Journal officiel* n°304 du 31 décembre 1995, p. 19097.
[478] « Lorsque, par suite d'un désaccord entre les deux Assemblées, un projet ou une proposition de loi n'a pu être adopté après deux lectures par chaque Assemblée ou, si le Gouvernement a décidé d'engager la procédure accélérée sans que les Conférences des présidents s'y soient conjointement opposées, après une seule lecture par chacune d'entre elles, le Premier ministre ou, pour une proposition de loi, les présidents des deux assemblées agissant conjointement, ont la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion ».
[479] « Le Premier ministre peut, après délibération du Conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale. Dans ce cas, ce projet est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Le Premier ministre peut, en outre, recourir à cette procédure pour un autre projet ou une proposition de loi par session ».
[480] Expression empruntée à la saisine des députés pour la décision n° 95-370 DC du 30 décembre 1995 : « Mais il est parfaitement clair que cette accumulation, en une même procédure législative, du recours aux ordonnances, de la déclaration d'urgence, de l'adoption d'une loi sans vote, de l'escamotage du débat sénatorial et de la tenue

Finalement, le Conseil constitutionnel a décidé que la procédure n'était pas inconstitutionnelle[481]. Concernant la possibilité d'amender le texte d'habilitation, les parlementaires ont l'obligation constitutionnelle de limiter la durée de l'habilitation[482]. Toutefois, si le Gouvernement démissionne, l'habilitation, n'étant pas personnelle[483], celle-ci reste valable conformément à un arrêt du Conseil d'État de 2006[484]. Deux conditions sont requises néanmoins. Il faut d'une part que la loi d'habilitation ait été silencieuse à ce sujet et d'autre part qu'une autre loi n'abroge pas l'habilitation. Les parlementaires peuvent amender une loi d'habilitation, eu égard aux pouvoirs qu'ils détiennent en matière de procédure législative, mais ils doivent respecter l'article 40 de la Constitution[485].

Le juge de la constitutionnalité n'a pas systématiquement censuré d'office les initiatives parlementaires habilitant le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance[486]. Toutefois, depuis 2006, il refuse invariablement que le recours à l'article 38 émane des parlementaires[487]. En réitérant son refus de propositions de loi d'habilitation, le juge de la constitutionnalité sauvegarde le domaine législatif et veille au respect des articles 34 et 37 de la Constitution. D'autant que le Gouvernement n'est pas autorisé à s'immiscer dans toutes les matières législatives.

---

précipitée de la CMP a empêché que la loi déférée ne soit adoptée à l'issue d'un réel débat parlementaire alors qu'elle porte pourtant sur un sujet dont l'importance est évidente pour le pays ».

[481] Décision n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale, *Journal officiel* du 31 décembre 1995, p. 19111, cons. 13 : « Considérant que la circonstance que plusieurs procédures aient été utilisées cumulativement, sans être contraires à la Constitution, pour accélérer l'examen de la loi dont s'agit, n'est pas à elle seule de nature à rendre inconstitutionnelle l'ensemble de la procédure législative ayant conduit à l'adoption de cette loi ».

[482] L'article 38 précise que l'habilitation ne vaut pour « un délai limité ».

[483] Ch.-E. Sénac, « Ordonnances de l'article 38 et gouvernement titulaire de l'habilitation », *RGD*, n° 1858, 2008, disponible à l'adresse : https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/02/09/ordonnances-de-larticle-38-et-gouvernement-titulaire-de-lhabilitation/.

[484] CE, Sect., 5 mai 2006, *Schmitt*, Requête n° 282352.

[485] Décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social, *Journal officiel* du 7 janvier 1982, p. 215, cons. 2.

[486] Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, *Journal officiel* du 3 juillet 2003, p. 11205 ; Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, *Journal officiel* du 27 novembre 2003, p. 20154 ; Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit, *Journal officiel* du 10 décembre 2004, p. 20876, texte n° 4 ; Décision n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005, Loi en faveur des petites et moyennes entreprises, *Journal officiel* du 3 août 2005, p. 12664, texte n° 4.

[487] Décision n° 2006-534 DC du 16 mars 2006, Loi pour le retour à l'emploi et sur les droits et les devoirs des bénéficiaires de minima sociaux, *Journal officiel* du 24 mars 2006, p. 4443, texte n° 3, cons. 5 ; Décision n° 2013-687 DC du 23 janvier 2014, Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, *Journal officiel* du 28 janvier 2014 p. 1622, texte n° 7, cons.16 : « considérant qu'il résulte de cette disposition que, si le Gouvernement peut seul demander au Parlement l'autorisation de prendre de telles ordonnances, il a la faculté de le faire en déposant soit un projet de loi, soit un amendement à un texte en cours d'examen ».

2. Des matières insusceptibles d'être déléguées

Tout ce qui relève du domaine de la loi n'est pas susceptible d'être délégué. Le juge de la constitutionnalité est pointilleux s'agissant de la répartition des compétences et ce bien au-delà du texte constitutionnel. Les constituants de 1958 n'ont pas limité les matières pouvant faire l'objet d'une habilitation, seul le juge de la constitutionnalité l'assortit de dérogations. Il exerce à ce titre l'office du juge de la répartition des compétences normatives.

Une première restriction apparaît dans la décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982. À cette occasion, ce sont plus de soixante députés du groupe d'opposition du Rassemblement pour la République qui défèrent au Conseil constitutionnel la loi d'orientation autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social. Selon les requérants, une disposition de la loi habilitait le Gouvernement à modifier le statut des magistrats. Les députés s'insurgeaient en estimant qu'elle était contraire à la Constitution, puisqu'une telle modification du statut doit faire l'objet d'une loi organique[488], conformément à l'article 64 de la Constitution[489].

Toutefois, le juge de la constitutionnalité accepte l'interprétation du Gouvernement[490] en jugeant « qu'elle ne méconnaît pas (…) les dispositions de la Constitution relatives aux lois organiques dès lors que le texte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel ne permet aucunement l'intervention d'ordonnances dans des matières que la Constitution réserve à de telles lois »[491]. Par conséquent, les matières relevant d'une loi organique ne peuvent pas faire l'objet d'une délégation. Ce refus s'explique pour des raisons de procédure selon Jean-Christophe Car[492]. Le recours aux ordonnances pour prendre une loi organique, par exemple relative au Sénat, empêcherait de faire jouer le veto du Sénat. De plus, le Conseil constitutionnel n'interviendrait pas nécessairement, alors que c'est une obligation s'agissant des lois organiques, conformément à l'article 61, alinéa 1 de la Constitution. D'ailleurs, Catherine Boyer-Mérentier présume que cette saisine obligatoire constitue « la source de l'incompatibilité

[488] Extrait de la lettre de saisine des soixante députés : « Il appartiendrait au surplus au Conseil Constitutionnel de dire que l'article 1er, 5° ne serait conforme à la Constitution qu'autant qu'il serait entendu que les dispositions prévues, qu'il s'agisse des pensions, des retraites et de la cessation d'activité ou des dispositions dérogatoires temporaires, ne sauraient en tout cas s'étendre aux personnels dont le statut est, selon la Constitution et notamment l'article 64, alinéa 3, régie par une loi organique, celle-ci ne pouvant être promulguée qu'après un examen par le Conseil Constitutionnel inapplicable à une ordonnance ».
[489] Article 64, alinéa 3 de la Constitution : « Une loi organique porte statut des magistrats ».
[490] J.-C. Car, *Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, 1999, p. 154.
[491] Considérant 3 de la décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982.
[492] J.-C. Car, *Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, p. 341.

des procédures des articles 38 et 46 de la Constitution »[493]. Ainsi, ces deux auteurs s'accordent pour admettre que le problème se pose au regard de la loi d'habilitation. Cette dernière est susceptible d'être contrôlée uniquement si les autorités de saisine souhaitent la transmettre, le contrôle de constitutionnalité en ce sens n'est que facultatif. De la sorte, si législateur organique autorisait le Gouvernement à intervenir dans son domaine, le Conseil constitutionnel ne pourrait pas le censurer[494]. Il faut ajouter que la procédure relative aux lois organiques est plus complexe que celles des lois ordinaires. En vertu de l'article 46 de la Constitution, un délai avant le premier examen du texte est imposé. De plus, la majorité absolue des voix en faveur du texte est requise pour que l'Assemblée nationale passe outre le désaccord du Sénat.

Néanmoins, si la délégation législative dans ces matières avait été impossible eu égard à leur importance, les rédacteurs de la Constitution l'auraient précisé. Par ailleurs, rien n'empêcherait de faire voter les lois d'habilitation et de ratification selon la même procédure que celle prévue par l'article 46. Cet *imbroglio* juridique aurait pu se présenter. D'autant qu'en vertu de l'article 38, c'est le domaine de la loi, pris largement, qui est visé. De plus, selon l'interprétation du Conseil constitutionnel, le domaine de la loi ne se distingue pas du domaine de la loi organique. Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi sur le fondement de l'article 37, alinéa 2, il opère un contrôle de répartition des compétences normatives entre la loi et le règlement. À ce titre, il a déjà admis que les matières qui ne sont ni du domaine de la loi ordinaire ni du domaine de la loi organique relèvent du pouvoir réglementaire. Le Conseil constitutionnel inclut donc les matières relevant de la loi organique dans les matières de la loi ordinaire[495].

Ainsi, le juge de la constitutionnalité pose une première exception à l'habilitation de l'article 38 de la Constitution : le domaine des lois organiques. L'office du juge de la répartition

[493] C. Boyer-Mérentier, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, 1996, p. 271.
[494] C. Boyer-Mérentier, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, p. 271 ; voir aussi J.-C. Car, *Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, p. 343.
[495] Décision n° 62-19 L du 3 avril 1962, Nature juridique d'une disposition de l'article 73 (alinéa 1) de la loi n° 61-1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962 (Mode de calcul des barèmes qui doivent servir à la fixation des allocations d'aide à l'armement naval), *Journal officiel* du 23 mai 1962, p. 5040 ; Décision n° 66-38 L du 10 mars 1966, Nature juridique des dispositions de l'article 7 de la loi n° 62-1529 du 22 décembre 1962 relative aux droits et taxes perçus à l'entrée des musées nationaux, *Journal officiel* du 20 mars 1966 ; Décision n° 69-57 L du 24 octobre 1969, Nature juridique de certaines dispositions de l'article 96 de la loi de finances du 26 décembre 1959 relatives au remboursement des frais de scolarité à l'école Polytechnique, *Journal officiel* du 1er novembre 1969 ; Décision n° 70-61 L du 23 février 1970, Nature juridique des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 27 décembre 1958 sur le contrôle de la fabrication des conserves et semi-conserves de poissons, crustacés et autres animaux marins, *Journal officiel* du 1er mars 1970, p. 2117.

des compétences normatives est difficile à identifier puisque le juge de la constitutionnalité défend ici non pas le domaine de la loi ordinaire mais celui de la loi organique. Or, le domaine de la loi organique ne peut être défendu que par le juge de la constitutionnalité, le juge de la répartition des compétences normatives étant uniquement compétent pour le partage des attributions entre le législateur et le pouvoir réglementaire.

La deuxième restriction imposée par le juge de la constitutionnalité est plus flagrante et prouve ainsi sa volonté de défendre le domaine de la loi. Conformément à la décision n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, le Parlement ne peut pas autoriser le Gouvernement à intervenir dans des matières relevant d'une loi de finances ou d'une loi de financement de la sécurité sociale[496]. Le juge de la constitutionnalité estime qu'il existe « un domaine exclusif » des lois de finances et que ce domaine ne peut faire l'objet d'une habilitation. D'après Jérôme Tremeau, la délégation financière prévue à l'article 47, alinéa 3 de la Constitution et l'obligation d'inclure certaines dispositions dans la loi de finances, en vertu de l'ordonnance n°59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances[497], justifient la limitation prétorienne[498]. Le juge de la constitutionnalité réitéra sa jurisprudence de manière plus explicite, dans la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999[499]. Pourtant les lois de finances ont une valeur juridique identique aux autres lois malgré une référence explicite au sein de la Constitution[500]. Le juge de la constitutionnalité exerce ainsi l'office du juge de la répartition des compétences normatives en encadrant de limites l'habilitation de l'article 38 de la Constitution : il s'obstine à refuser que certaines matières soient déléguées, ce qui ne diminue pas la charge de travail du Parlement[501]. Le juge de la constitutionnalité défend non seulement la loi mais au-delà il défend les compétences du Parlement. C'est également ce qui ressort de sa jurisprudence lorsqu'il exige de la part du Gouvernement une loi d'habilitation détaillée.

[496] Décision n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale, *Journal officiel* du 31 décembre 1995, p. 19111, cons. 29.
[497] Ordonnance n°59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances publiée au *Journal officiel* du 3 janvier 1959 p. 180, aujourd'hui abrogée par la loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances, publiée au *Journal officiel* n°177 du 2 août 2001, p. 12480.
[498] J. Trémeau, « Contrôle par le Conseil constitutionnel de la conformité à la Constitution de la loi autorisant le Gouvernement, en application de l'article 38 de la Constitution à réformer la protection sociale », *D.*, 1997, p.123.
[499] Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, *Journal officiel* du 22 décembre 1999, p. 19041, cons. 15.
[500] Article 47 pour la loi de finances et 47-1 pour la loi de finances de la sécurité sociale.
[501] D. Ribes, « La répartition des compétences normatives entre loi et règlement », *AIJC*, n° XV, 1999, p. 590.

3. La nécessité de détailler la loi d'habilitation

La loi d'habilitation doit être suffisamment détaillée au risque d'encourir une censure. Le juge de la constitutionnalité a opté pour une interprétation restrictive du terme « programme » afin d'exiger du Gouvernement un certain degré de précision dans les mesures qu'il compte prendre. S'est posée la question de savoir si le mot « programme » figurant à l'article 49, alinéa premier, faisait également référence à celui de l'article 38 de la Constitution. La réponse, négative, a été donnée par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977[502]. Le juge de la constitutionnalité émet plusieurs justifications : l'une relative à l'urgence et l'autre relative à l'étendue de la délégation. L'immixtion du Gouvernement dans le domaine de la loi serait surtout justifiée par une contrainte temporelle, l'urgence empêcherait le Gouvernement de demander la confiance à l'Assemblée nationale. Le Conseil constitutionnel exclut donc l'interprétation selon laquelle le Gouvernement serait contraint de demander la confiance à la chambre basse. Cette jurisprudence empêche le retour de l'investiture, voire de la double investiture[503], de la IV[ème] République. Ces deux procédures sont donc distinctes. Le juge de la constitutionnalité refuse en plus que le programme soit celui de l'article 49, alinéa 1 car il serait sans limite. Ceci rappelle les conditions posées par le Conseil d'État dans son avis de 1953[504].

L'objectif du Conseil constitutionnel en interprétant le « programme » de l'article 38 comme étant un programme précis est d'éviter de renouer avec les habilitations vagues et générales des Républiques précédentes. Cette décision est d'autant plus riche d'enseignement que le juge de la constitutionnalité contraint le Gouvernement à fournir au Parlement « les

[502] Décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas, *Journal officiel* du 13 janvier 1976, p. 343, cons. 3 : l'interprétation « (…) qui tend à conférer une acceptation analogue au terme "programme" et à l'expression "déclaration de politique générale", d'une part, ne ferait aucune place, pour une éventuelle justification de recours aux dispositions de l'article 38, aux notions de circonstances imprévues ou de situation requérant des mesures d'urgence et, d'autre part, en raison de sa généralité, aurait pour résultat d'étendre, sans limites définies, le champ d'application de la procédure d'habilitation prévue audit article 38, au détriment du respect des prérogatives du Parlement ».
Position jurisprudentielle réaffirmée récemment : décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017, Loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *Journal officiel* n° 0217 du 16 septembre 2017 texte n° 6, cons. 7.
[503] La double investiture est une pratique née de Paul Ramadier en 1947 alors que la Constitution de 1946, en son article 45, prévoyait uniquement l'investiture du Président du conseil.
[504] CE, Avis du 6 février 1953, n°60.497.

finalités des mesures »[505] qu'il se propose de prendre, outre que le « domaine d'intervention »[506] doit nécessairement être précisé par le Gouvernement. Toutefois, ce dernier n'a pas à fournir au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra[507]. Le juge de la constitutionnalité admet en outre que la commission mixte paritaire limite le champ de l'habilitation mais refuse qu'elle l'étende[508], d'autant que les cavaliers législatifs s'appliquent aussi pour les demandes d'habilitation[509]. Le juge de la constitutionnalité contraint ainsi le législateur, en dérogeant au partage des compétences, à limiter l'action du Gouvernement ou à l'encadrer strictement. L'objectif est d'éviter une délégation trop large, donc d'empêcher une entorse trop franche au partage des compétences. À ce titre, pour la première fois, le juge de la constitutionnalité a censuré en 2017[510] une loi d'habilitation en raison de son imprécision. En effet, « eu égard à l'atteinte susceptible d'être portée à la liberté de l'enseignement par la mise en place d'un régime d'autorisation administrative, en confiant au Gouvernement, sans autre indication, le soin de préciser "les motifs pour lesquels les autorités compétentes peuvent refuser d'autoriser l'ouverture" de tels établissements, le législateur a insuffisamment précisé les finalités des mesures susceptibles d'être prises par voie d'ordonnance »[511]. Le juge de la constitutionnalité rappelle ainsi que l'exigence de précision est une obligation incombant au Gouvernement à l'origine de la demande d'habilitation[512].

De plus, la révision constitutionnelle de 2008 a inséré une contrainte supplémentaire pour le Gouvernement. L'article 39, alinéa 3 de la Constitution[513], en se référant à la loi

[505] Décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, cons. 2. Réaffirmée notamment lors de la décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, *Journal officiel* n°0024 du 28 janvier 2017, texte n° 2, cons. 13.
[506] Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, *Journal officiel* du 27 juin 1986, p. 7978, cons. 13.
[507] « il n'impose pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation » en vertu du considérant 12 de la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, *Journal officiel* du 22 décembre 1999, p. 19041.
[508] Décision n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014, Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *Journal officiel* du 5 août 2014 p. 12966, texte n° 6, cons. 9.
[509] Décision n° 2007-546 DC du 25 janvier 2007, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique, *Journal officiel* du 1er février 2007, p. 1946, texte n° 6, cons. 9.
[510] Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, *Journal officiel* n°0024 du 28 janvier 2017, texte n° 2.
[511] Considérant 13 de la décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017.
[512] P. Bachschmidt, « Première censure d'une habilitation de l'article 38 de la Constitution pour manque de précision », *Constitutions*, 2017, p. 53.
[513] « la présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique ».

organique 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution[514], exige que les projets de loi doivent nécessairement contenir une étude d'impact[515]. L'habilitation doit être explicite et les parlementaires doivent en être informés, afin d'assurer au mieux le partage des compétences. Le Gouvernement est donc également soumis à « ces règles de procédure »[516], même dans le cadre de l'article 38 de la Constitution[517], bien que certains admettent parfois que l'étude d'impact soit « allégée »[518].

Le juge de la constitutionnalité censure également la loi d'habilitation ne contenant pas de délai imposant au Gouvernement le dépôt du projet de loi de ratification[519]. Sans cela, les ordonnances n'auraient pas encouru de caducité. En effet, le dépôt du projet de loi de ratification conditionne la survie des ordonnances. Si celui-ci est déposé à une date ultérieure à celle initialement fixée dans la loi d'habilitation alors les ordonnances deviennent caduques.

Le Conseil constitutionnel veille donc à ce que l'habilitation soit étroitement encadrée[520]. Le Gouvernement n'est pas libre puisque le contrôle du juge de la constitutionnalité sur la loi d'habilitation est rigoureux. De cette façon, le juge de la constitutionnalité parvient à limiter et contrôler une immixtion dans le domaine législatif. Il veille au respect des articles 34 et 37 de la Constitution et exerce ainsi l'office du juge de la répartition des compétences normatives. Pour contraindre le Gouvernement à respecter le champ d'habilitation, il utilise le plus souvent la technique de la réserve d'interprétation.

---

[514] Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, *Journal officiel* n°0089 du 16 avril 2009, p. 6528.

[515] Article 11, alinéa 2 de la loi organique : « Les dispositions des projets de loi par lesquelles le Gouvernement demande au Parlement, en application de l'article 38 de la Constitution, l'autorisation de prendre des mesures par ordonnances sont accompagnées, dès leur transmission au Conseil d'État, des documents visés aux deuxième à septième alinéas et à l'avant-dernier alinéa de l'article 8. Ces documents sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi comprenant les dispositions auxquelles ils se rapportent ».

[516] B. Genevois, « L'application de l'article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement baroque », *RFDA*, 2018, p. 755.

[517] Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, *Journal officiel* du 16 avril 2009, p. 6530, texte n° 2, cons. 21 : « Considérant, en premier lieu, que le deuxième alinéa de l'article 11 dispose que les projets de loi tendant à autoriser le Gouvernement à prendre par ordonnances des mesures qui sont normalement du domaine de la loi doivent être accompagnés " des documents visés aux deuxième à septième alinéas et à l'avant-dernier alinéa de l'article 8 " ; que cette disposition ne saurait, sans méconnaître l'article 38 de la Constitution, être interprétée comme imposant au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il entend prendre sur le fondement de l'habilitation qu'il demande pour l'exécution de son programme ».

[518] P. Januel, « Le Parlement menacé par un abus d'ordonnances », *Dalloz actualité*, 2018, disponible à l'adresse : https://www.dalloz-actualite.fr/flash/parlement-menace-par-un-abus-d-ordonnances#.XFit1FVKiM9.

[519] Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, Loi de modernisation de notre système de santé, *Journal officiel* n°0022 du 27 janvier 2016 texte n° 2, cons. 67.

[520] M. Verpeaux « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », art. cité, p. 1.

B. L'utilisation des réserves d'interprétation pour limiter l'habilitation

Une interprétation est « une opération par laquelle une signification est attribuée à quelque chose »[521]. Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel constituent un entre-deux entre la conformité et la non-conformité. La loi soumise à son contrôle est conforme à la Constitution uniquement si l'interprétation qui en est donnée est celle préconisée par le juge de la constitutionnalité. Sinon, elle est contraire à la Constitution, eu égard à l'article 62, alinéa 3 de la Constitution qui dispose que les « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Ces autorités doivent donc respecter l'interprétation du juge de la constitutionnalité.

Le juge de la constitutionnalité a formulé sa première réserve d'interprétation à l'occasion de sa saisine sur la loi du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social[522]. Cette loi d'habilitation avait fait l'objet de longs débats à l'Assemblée nationale avant d'être adoptée par la technique de l'article 49, alinéa 3 de la Constitution. La loi d'habilitation était contestée parce qu'elle concernait la privatisation des entreprises nationalisées. Le Conseil constitutionnel rappelle[523] que la délégation législative ne doit pas constituer un détournement de procédure visant, d'une part, à empêcher un contrôle du juge de la constitutionnalité[524] et, d'autre part, à permettre au Gouvernement de se délester des exigences constitutionnelles[525]. Dans sa décision, le juge de la constitutionnalité n'admet la conformité de ladite loi d'habilitation que si son interprétation est respectée. Grâce aux pouvoirs qu'il détient en vertu de l'article 62 de la Constitution, il restreint la portée de l'habilitation et

---

[521] M. Troper « Interprétation » *in Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit*., pp. 843-847.

[522] Loi n°86-793 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social publiée au *Journal officiel* du 3 juillet 1986 p. 8240.

[523] Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986.

[524] Considérants 15 de la décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986 : « Considérant qu'il appartient au Conseil constitutionnel, d'une part, de vérifier que la loi d'habilitation ne comporte aucune disposition qui permettrait de méconnaître ces règles et principes, d'autre part, de n'admettre la conformité à la Constitution de la loi d'habilitation que sous l'expresse condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la Constitution ».

[525] Le considérant de principe est le suivant : « considérant que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle ». Il a été repris dans des décisions ultérieures, à savoir notamment décisions n° 86-208 DC du 2 juillet 1986 Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales, *Journal officiel* du 3 juillet 1986, cons. 8; n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale, *Journal officiel* du 31 décembre 1995, p. 19111, cons. 28.
Ultérieurement, le Conseil constitutionnel ajoute « ainsi que les normes internationales et européennes applicables », décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, cons. 10.

limite l'action du Gouvernement dans le domaine de la loi. En l'espèce, la loi du 2 juillet 1986 permettait au Gouvernement de définir un « nouveau droit de la concurrence » et de modifier ou abroger « certaines dispositions de la législation économique relatives aux prix et à la concurrence »[526]. Le Conseil constitutionnel limite la délégation en précisant que l'article premier de la loi n'autorise le Gouvernement qu'à « la modification ou l'abrogation des dispositions spécifiques de la législation économique relatives au contrôle des concentrations, à la concurrence et aux prix ainsi qu'à la répression des infractions économiques »[527]. Ainsi, la loi est conforme uniquement si son interprétation est respectée. Le Conseil met en garde le Gouvernement à plusieurs reprises[528] en exigeant que les ordonnances respectent les limites qu'il a posées. De cette façon, le juge de la constitutionnalité[529] a la mainmise sur la délégation et sur le partage des compétences.

Loin d'être unique, une telle décision a fait jurisprudence[530]. La loi d'habilitation du 11 juillet 1986 relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales[531] en est un exemple. Le législateur estimait que, par principe, l'ordonnance délimitant les circonscriptions électorales devait respecter les limites cantonales. Il était possible de s'en affranchir seulement pour des cas exceptionnels, à savoir dans les circonscriptions futures des villes de Paris, Lyon et Marseille, dans les départements ayant un ou plusieurs cantons « non constitués d'un territoire continu » ou encore dans les départements dont le nombre d'habitants est supérieur à 40 000. Le juge de la constitutionnalité, en interprétant ces alinéas, entend différemment l'article 5, alinéas 3 et 4 de la loi et n'admet que deux exceptions au principe. En supprimant la première[532], il limite les possibilités d'action du Gouvernement et donc l'habilitation. De plus, le législateur admet les écarts de population entre les différentes circonscriptions mais prohibe les écarts de plus de 20%. Alors que le législateur cautionnait un tel écart en prévoyant une interdiction au-delà d'un certain seuil, le juge de la constitutionnalité décide que le plafond ne doit être atteint que rarement, auquel cas le Gouvernement est contraint de se justifier. Non seulement le Gouvernement est obligé de

[526] Article 1er, alinéa 1 de la loi n°86-793 du 2 juillet 1986.
[527] Considérant 22 de la décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986.
[528] Il précise « dans ces limites » au considérant 22, « dans les limites et sous la réserve de l'interprétation qui viennent d'être énoncées » au considérant 26 et « sous les strictes réserves d'interprétation énoncées plus haut » dans l'article premier du dispositif de la décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986.
[529] Seules les décisions DC sont analysées puisqu'une loi d'habilitation ne peut faire l'objet d'une QPC (CE, 22 février 2012, *Mme Belot-Lammens*, n° 354287 confirmé par l'arrêt CE, 23 janvier 2015, *M. Tirat*, n° 380339).
[530] Décision n° 86-208 DC du 2 juillet 1986, Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales, *Journal officiel* du 3 juillet 1986.
[531] Loi n°86-825 publiée au *Journal officiel* du 12 juillet 1986, p. 8700.
[532] « Les circonscriptions qui seront créées dans les villes de Paris, Lyon et Marseille ».

respecter la loi d'habilitation mais, de surcroît, il est tenu de suivre les réserves d'interprétation[533], sinon « toute autre interprétation serait contraire à la Constitution »[534]. En l'assujettissant, le juge de la constitutionnalité donne l'impression de vouloir s'associer à la rédaction des ordonnances[535] mais surtout à limiter l'habilitation.

Le Conseil renouvelle l'usage des techniques interprétatives à propos de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit[536]. Conformément à son article 6, le Gouvernement est autorisé à prendre des ordonnances visant à modifier la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrages publics et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée[537], en créant notamment de nouvelles formes de contrats dérogeant au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique. La Haute instance juge que de telles dérogations sont conformes à la Constitution seulement si deux conditions alternatives sont satisfaistes : l'urgence ou la spécificité « technique, fonctionnelle ou économique d'un équipement ou d'un service déterminé »[538]. Elle ajoute que l'exercice d'une mission de souveraineté ne peut être déléguée[539]. En prévoyant de telles conditions, il s'agissait « de compléter la ''feuille de route'' du pouvoir exécutif »[540], afin de rendre l'habilitation plus difficile encore. Les contraintes posées par le juge de la constitutionnalité lorsqu'il contrôle la constitutionnalité des lois d'habilitation ne font que paralyser le Gouvernement. D'ailleurs, c'est l'objectif recherché du Conseil constitutionnel : éviter une immixtion excessive du Gouvernement.

Le juge de la constitutionnalité réitère sa volonté de lutter contre les délégations législatives à l'occasion de la décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007[541]. La loi organique[542], faisant l'objet du contrôle, autorise certaines collectivités[543], sur habilitation législative, à fixer les règles applicables sur leur territoire, leur permettant d'en modifier éventuellement le contenu.

---

[533] L'interprétation ici n'en est plus une mais il s'agit plutôt d'une réécriture de la loi.
[534] Considérant 24 de la décision n° 86-208 DC du 2 juillet 1986.
[535] A.-M. Le Pourhiet, *Les ordonnances, la confusion des pouvoirs en droit public*, *op. cit.*, p. 80.
[536]Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit publiée au *Journal officiel* n°152 du 3 juillet 2003 p. 11192.
[537] Loi n° 85-704 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée publiée au *Journal officiel* du 13 juillet 1985 p. 7914.
[538] Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, cons. 18.
[539] Considérant 19 de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.
[540] « Commentaire de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 », *CCC*, n°15, 2003, disponible à l'adresse, p. 11 :
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier15/ccc_473dc.pdf.
[541] Décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, *Journal officiel* du 22 février 2007, p. 3252, texte n° 3.
[542] Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer publiée au *Journal officiel* n°45 du 22 février 2007, p. 3121.
[543] Seules les collectivités d'Outre-mer sont concernées.

Le juge de la constitutionnalité considère que seul le législateur peut consentir une telle autorisation, non le Gouvernement[544]. En d'autres termes, « habilitation sur habilitation ne vaut »[545]. Le Gouvernement habilité par le législateur ne peut pas lui-même habiliter une collectivité territoriale à modifier le contenu d'une disposition législative. Le juge de la constitutionnalité défend l'idée selon laquelle le législateur doit rester maître de sa compétence.

Reste à savoir quelle est la portée effective de ces réserves d'interprétations puisque le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel n'est que préventif. Elles visent évidemment à empêcher la survie dans l'ordre juridique des ordonnances inconstitutionnelles mais conformes à la loi d'habilitation[546]. Le rôle du Conseil constitutionnel apparaît nettement : il est gardien des articles 34 et 37 de la Constitution.

Par conséquent, la technique des réserves d'interprétation, considérée comme un « encadrement sévère du Gouvernement »[547], a un effet dissuasif[548] : le juge de la constitutionnalité parvient à protéger le domaine de la loi malgré l'immixtion du pouvoir réglementaire. Les habilitations législatives sont ainsi étroitement encadrées. En opérant un contrôle si rigoureux, le Conseil constitutionnel empêche le pouvoir réglementaire d'empiéter sur le domaine de la loi *via* les ordonnances. À l'inverse, il autorise l'intrusion du législateur.

§ 2 : L'intrusion du législateur dans des matières réglementaires autorisée par le juge de la constitutionnalité

Une fois le délai d'habilitation dépassé, le Gouvernement ne peut plus intervenir dans les matières relevant du domaine de la loi[549]. Les constituants l'avaient expressément prévu à

[544] Une autre jurisprudence confirme une telle position : décision n° 2007-559 DC du 6 décembre 2007, Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française, *Journal officiel* du 8 décembre 2007, p. 19905, texte n° 3, cons. 41.
[545] « Commentaire de la décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007 », *CCC*, n°22, 2007, disponible à l'adresse, p. 10 :
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier22/ccc_547dc.pdf.
[546] B. Mathieu, « Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil constitutionnel dans l'édiction des ordonnances de l'article 38 », *RFDA*, 1987, p. 721.
[547] T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions " interprétatives " en France et en Italie*, Economica, 1997, p. 285.
[548] Voir en ce sens L. Favoreu, « Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français », *RFDC*, art. cité, p. 719.
[549] « Considérant que l'article 38 de la Constitution dispose, dans son premier alinéa, que le gouvernement peut, pour l 'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité , des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ; que, selon le deuxième alinéa de l'article 38, les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État ; que le même alinéa précise

l'article 38, alinéa 3 de la Constitution : « à l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ». Ainsi, le législateur reprend possession des matières qu'il avait cédées. Néanmoins, pendant ce délai, il peut intervenir dans les matières qu'il a déléguées dès lors que le Gouvernement ne lui oppose pas l'irrecevabilité[550]. En effet, l'article 41 de la Constitution est une faculté laissée au Gouvernement, et non une obligation : la procédure législative est conforme à la Constitution si le Gouvernement ne s'y oppose pas[551]. Cependant, une difficulté survient lorsque le Gouvernement a édicté des ordonnances tant dans les matières relevant de la loi que du règlement. Si l'on s'en tient à la lettre de la Constitution : seules les matières législatives sont indisponibles[552]. En effet, celles relevant du domaine réglementaire étant de la compétence du Gouvernement, celui-ci est libre d'intervenir dans les matières qui sont les siennes. Toutefois, dans ce cas, il faut distinguer deux situations.

Si l'ordonnance n'est pas ratifiée, le Gouvernement est autorisé à modifier par décret les dispositions réglementaires de l'ordonnance mais une procédure particulière doit être respectée : une délibération en Conseil des ministres et un avis du Conseil d'État sont nécessaires[553]. En revanche, dans le cas où l'ordonnance est ratifiée, la situation est plus complexe. L'ordonnance en devient législative : dès lors qu'elle est ratifiée toutes ses dispositions ont valeur législative. Pourtant, elle peut contenir des dispositions intervenant dans le domaine réglementaire. Dans ce cas, le juge de la constitutionnalité les considère comme étant législatives : il autorise l'intrusion du législateur et élargit le domaine de la loi de son propre chef.

Le seul obstacle résidait autrefois dans la ratification. Au temps où elle était implicite, il était difficile d'admettre que le juge de la constitutionnalité autorisât l'immixtion du législateur dans le domaine réglementaire puisqu'il ne contrôlait pas forcément la loi de

qu'elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation ; qu'en vertu du troisième alinéa de cet article, à l'expiration du délai consenti par la loi d'habilitation, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif » CE, Ass., 11 décembre 2006, *Conseil National de l'ordre des médecins*, n° 279517.

[550] Article 41 de la Constitution : « S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité ».

[551] Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *Journal officiel* du 25 janvier 1987, p. 924, cons. 14.

[552] P. Azouaou, *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, 2015, 732p.

[553] « Les dispositions de nature réglementaire figurant dans une ordonnance non ratifiée peuvent être modifiées par décret ; que, comme l'ordonnance qu'il modifie, un tel décret doit être pris en Conseil d'État et délibéré en conseil des ministres » : CE, 30 juin 2003, *Fédération régionale ovine du Sud-est*, n° 236571.

ratification. Le Conseil constitutionnel, sous la V^{ème} République, a en effet pris position pour la ratification implicite. Celle-ci « peut résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement »[554]. Cette jurisprudence résulte en réalité de celle du Conseil d'État qui, dès 1939[555] avait considéré qu'un décret-loi avait valeur législative dès lors qu'une loi modifiait toutes ses dispositions[556]. En somme, les juges recherchaient l'intention du législateur en se référant aux travaux préparatoires : il s'agit de l'émergence du critère dit « subjectif ».

Toutefois, un autre critère a été mis en évidence à l'occasion de la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987[557] : une loi peut ratifier une ordonnance « sans avoir cette ratification pour objet directe ». Le Conseil d'État reprend cette formule du Conseil constitutionnel et l'étoffe : il y a ratification si le législateur étend le champ d'application de l'ordonnance[558] ou encore si une disposition législative modifie une ordonnance[559]. Il ajoute, en outre, qu'une ratification implicite est rétroactive[560] à compter de la signature de l'ordonnance[561]. Le juge judiciaire, quant à lui, admet qu'une ordonnance est ratifiée seulement en cas de volonté réitérée du législateur et si plusieurs références ont été opérées successivement[562]. Dans ce contexte, les conditions de la ratification étaient différentes, ce qui pouvait mener à des abus, voire à des ratifications « quasi-clandestines »[563]. En effet, parfois la

[554] Décision n° 72-73 L du 29 février 1972, cons. 3. Jurisprudence confirmée dans la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *Journal officiel* du 25 janvier 1987, p. 924, cons. 11.

[555] CE, 1er février 1939, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais et du département des Bouches-du-Rhône*, Lebon p. 90.

[556] Position confirmée ultérieurement : « le législateur a entendu ratifier toutes les dispositions du décret sous réserve desdites modifications », CE, 25 janvier 1957, *Société des Etablissements Charlionnais*, Recueil p. 54 ; jurisprudence reprise dans un autre arrêt du CE, 10 juillet 1972, *Compagnie Air Inter*, n° 77961.

[557] Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *Journal officiel* du 25 janvier 1987, p. 924, cons. 24 : « Considérant qu'en principe il n'est pas exclu que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une des ordonnances visées à l'article 38 de la Constitution puisse résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement ; que, saisi d'une loi de cette nature, il appartiendrait au Conseil constitutionnel de dire si la loi comporte effectivement ratification de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance en cause et, dans l'affirmative, si les dispositions auxquelles la ratification confère valeur législative sont conformes à la Constitution ».

[558] « Considérant qu'en adoptant, postérieurement à l'introduction de la requête, la loi du 30 juillet 1987 qui, par son article 28, insère dans le Code de la sécurité sociale un article L. 162-38 dont le second alinéa rend applicables à certaines infractions en matière de prix et de marge des produits et de prix des prestations de services pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale les dispositions de l'ordonnance susvisée du 1er décembre 1986, le législateur a entendu ratifier les dispositions de ladite ordonnance ; qu'ainsi les conclusions susanalysées sont devenues sans objet », voir CE, 7 février 1994, *Ghez*, Lebon p. 55.

[559] CE, 17 mai 2002, *Hoffer*, Lebon p. 583.

[560] CE, 19 décembre 1969, *Dame Picard*, Recueil p. 593.

[561] CE, 8 décembre 2000, *M. Hoffer*, Recueil p. 584.

[562] C. Cass. Com., 6 octobre 1992, *Entre Jean Lefèvre*, n° de pourvoi: 90-16755.

[563] Y. Gaudemet, « La loi administrative », *RDP*, 2006, p. 65.

volonté du législateur était extrapolée et des doutes apparaissaient sur la ratification[564]. La ratification implicite se révélait, en ce sens, dangereuse pour le justiciable puisqu'elle compliquait, avant l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, le contrôle sur l'ordonnance.

Dès lors qu'une ordonnance est ratifiée, elle obtient une valeur législative : le juge administratif refuse de se reconnaître compétent et la requête devient alors sans objet[565]. Néanmoins, une exception subsiste. C'est le cas dans lequel « la loi de ratification, s'avérerait incompatible, dans un domaine entrant dans le champ d'application de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »[566]. En cas de ratification, eu égard à la valeur législative de l'ordonnance, le contentieux devait revenir au Conseil constitutionnel. Toutefois, ce dernier ne pouvait pas non plus exercer son contrôle puisque la loi avait déjà été promulguée. Or, seul le contrôle de constitutionnalité *a priori* existait.

Finalement, la révision constitutionnelle de 2008 a mis un coup d'arrêt aux ratifications implicites décidées par les juges. L'article 38 de la Constitution fut ainsi modifié par l'insertion d'une phrase : « [les ordonnances] ne peuvent être ratifiées que de manière expresse ». Ainsi, les ordonnances sont revêtues d'une valeur législative si seulement elles sont ratifiées expressément.

Le contrôle du juge de la constitutionnalité porte sur les ordonnances et sur la loi de ratification. Rappelons qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement »[567]. Une concurrence des contrôles est manifeste, ce qui peut provoquer un

---

564 Y. Gaudemet, « L'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la concurrence est-elle législative ou réglementaire ? (A propos des ratifications implicites) », *JCP G*, n° 5, 1991, n° 3486, p. 47.

565 CE, 11 juin 1990, *Congrès du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Recueil p. 156.

566 CE, 8 décembre 2000, *M. Hoffer*, Recueil p. 584.

567 Considérant repris dans une multitude de décisions, voir à cet égard : décision n° 2014-434 QPC du 5 décembre 2014, Société de laboratoires de biologie médicale Bio Dômes Unilabs SELAS [Tarif des examens de biologie médicale], *Journal officiel* n°0283 du 7 décembre 2014 p. 20465, texte n° 23, cons. 6 ; la décision n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012, Mme Annie M. [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État], *Journal officiel* du 28 juillet 2012, p. 12355, texte n° 70, cons. 8.
Plus récemment, dans la décision n° 2018-761 QPC du 1er février 2019, Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution], *Journal officiel* n°0028 du 2 février 2019, texte n° 104, cons. 12, le Conseil a adopté la formulation suivante : « l'article 61-1 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 ».
Une légère inflexion est à constater puisqu'autrefois, l'expression était : « pouvoir d'appréciation (…) identique à celui du Parlement » dans la décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *Journal officiel* du 3 juillet 1998, p. 10147, cons.17 ; ou encore 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

conflit d'interprétation[568]. Le Conseil constitutionnel se charge en effet de contrôler la conformité de l'ordonnance à la Constitution à l'occasion du contrôle de constitutionnalité *a priori* de la loi de ratification. Pour preuve, le Conseil constitutionnel, à l'occasion de la décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983[569], se réfère tantôt à l'ordonnance tantôt à la loi de ratification[570]. De manière patente également, dans la décision n° 84-170 DC du 4 juin 1984[571], il décide « qu'il résulte de tout ce qui précède que l'ordonnance du 18 mai 1983 et, donc, la disposition législative qui la ratifie sont conformes à la Constitution »[572]. Le contrôle s'étend ainsi aux dispositions de l'ordonnance elle-même[573]. Il en est de même dans la décision n° 2010-602 DC du 18 février 2010[574], relative à la loi du 23 février 2010 ratifiant l'ordonnance du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés[575]. Or, la loi de ratification ne contient qu'un article précisant seulement que l'ordonnance[576] est ratifiée. Étant donné que l'examen du juge porte notamment sur la répartition des sièges et sur la délimitation des circonscriptions, il ne fait aucun doute que la constitutionnalité de l'ordonnance est tout autant vérifiée que celle de la loi[577]. Toutefois, les ordonnances seraient contrôlées à l'occasion du contrôle de la loi de ratification par le juge de la constitutionnalité seulement dans l'hypothèse où il ne censure pas cette dernière[578]. En d'autres termes, le Conseil anticipe la ratification de l'ordonnance puisque si celle-ci n'est pas susceptible, dans l'immédiat, d'être dotée d'une valeur législative alors il s'abstient de la contrôler lors de l'examen de la loi de ratification[579]. « Le Conseil constitutionnel ne serait donc

---

et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *Journal officiel* du 29 juillet 1994, p. 11024, cons. 10.

[568] Voir en ce sens : D. Degboe, « Le contrôle de constitutionnalité des ordonnances ratifiées à l'aune de la QPC », *Politéia*, n° 27, 2015, p. 416.

[569] Décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983, Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse, *Journal officiel* du 1er juin 1983, p. 1646.

[570] L. Favoreu, L. Philip, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva et A. Roux *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 207.

[571] Décision n° 84-170 DC du 4 juin 1984, Loi portant ratification des ordonnances prises en application de la loi n° 83-332 du 22 avril 1983 autorisant le Gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, diverses mesures financières, *Journal officiel* du 5 juin 1984, p. 1744.

[572] Considérant 5 de la décision n° 84-170 DC du 4 juin 1984.

[573] Confirmation à l'occasion de la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987.

[574] Décision n° 2010-602 DC du 18 février 2010, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, *Journal officiel* du 24 février 2010, p. 3385, texte n° 2.

[575] Loi n° 2010-165 publiée au *Journal officiel* n°0046 du 24 février 2010 p. 3385.

[576] Ordonnance n° 2009-935 publiée au *Journal officiel* n°0175 du 31 juillet 2009, p. 12752.

[577] A. Levade, « Une constitutionnalité en trompe-l'œil ou l'impossible censure des découpages électoraux ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 février 2010 », *JCP G*, n° 11, 2010, p. 274.

[578] Voir en ce sens : D. Degboe, « Le contrôle de constitutionnalité des ordonnances ratifiées à l'aune de la QPC », art. cité, p. 417.

[579] Voir par exemple la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *Journal officiel* du 25 janvier 1987, p. 924.

pas compétent pour apprécier la conformité d'une ordonnance conservant valeur règlementaire »[580].

Dans ce contexte, le juge de la constitutionnalité pourrait censurer des dispositions de la loi de ratification conférant valeur législative à l'intégralité de l'ordonnance. En effet, des dispositions de valeur réglementaire s'insèrent régulièrement dans les ordonnances. Certes, elles sont prises par le pouvoir réglementaire mais elles n'en restent pas moins matériellement législatives. Ainsi, le juge de la constitutionnalité devrait-il les censurer. Toutefois, une telle position reviendrait à renier sa jurisprudence *Blocage des prix et revenus*[581]. Saisi sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 pour contrôler la constitutionnalité d'une loi, il refuse de déclarer inconstitutionnelles les dispositions législatives empiétant sur le domaine réglementaire[582].

En outre, en créant le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, le Conseil constitutionnel peut désormais examiner l'éventuelle atteinte aux droits et libertés portée par des dispositions d'une ordonnance ratifiée. Par là, le champ contentieux des ordonnances a été transformé[583]. Évidemment, la ratification de l'ordonnance est une condition indispensable[584] puisque, dans le cas contraire, l'ordonnance survit en tant qu'acte administratif[585]. Néanmoins, l'introduction du contrôle par voie d'exception permet de combler les failles du contrôle de

[580] D. Degboe, « Le contrôle de constitutionnalité des ordonnances ratifiées à l'aune de la QPC », art. cité, p. 418.
[581] Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.
[582] Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.
[583] T. Carrère, « Le contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution à l'épreuve de la QPC », *RDP*, 2018, p. 1107.
[584] CE, 11 mars 2011, *M. Alexandre A.*, n° 341658 et décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, M. Patrick É. [Non lieu : ordonnance non ratifiée et dispositions législatives non entrées en vigueur], *Journal officiel* du 11 février 2012, p. 2440, texte n° 71.
[585] La décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013 (Société Numéricâble SAS et autre [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes], *Journal officiel* du 7 juillet 2013 p. 11356, texte n° 27) ne constitue pas une exception. Le juge de la constitutionnalité, à cette occasion, a pris en considération les dispositions d'une ordonnance non ratifiée pour exercer son contrôle sur les dispositions législatives. Pour autant, il n'a pas contrôlé les dispositions réglementaires. Conformément au considérant 3 : « considérant, toutefois, que le Conseil constitutionnel ne saurait statuer que sur les seules dispositions de nature législative applicables au litige qui lui sont renvoyées ; que, lorsqu'il est saisi de dispositions législatives partiellement modifiées par une ordonnance non ratifiée et que ces modifications ne sont pas séparables des autres dispositions, il revient au Conseil constitutionnel de se prononcer sur celles de ces dispositions qui revêtent une nature législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution, en prenant en compte l'ensemble des dispositions qui lui sont renvoyées ». En outre, le dispositif précise que seules les dispositions législatives sont censurées (« les douze premiers alinéas de l'article L. 36-11 du code des postes et communications électroniques, dans leur rédaction modifiée en dernier lieu par l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, à l'exception des mots et phrases insérés dans l'article par ladite ordonnance, sont contraires à la Constitution »).
Le Conseil d'Etat a, lui aussi, récemment précisé que des dispositions issues d'une ordonnance non ratifiée peuvent faire l'objet d'une QPC dès lors qu'elles sont inséparables des autres dispositions de valeur législative : CE, 16 janvier 2018, *Union des ostéopathes animaliers c/ Premier ministre*, n° 415043.

constitutionnalité de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution qui « n'emportait pas pleine satisfaction »[586] eu égard à ses caractères facultatif et préventif. Le contrôle de constitutionnalité des ordonnances, à travers la loi de ratification, prolonge la jurisprudence selon laquelle toutes les matières d'une ordonnance ratifiées relèvent de la loi. En effet, le Conseil autorise les empiètements du législateur sur le domaine réglementaire puisqu'il ne sanctionne pas le pouvoir réglementaire qui envahit le domaine législatif. Ainsi, l'absence de censure provoque un élargissement du domaine de la loi. Ce faisant, dans son office de juge de la constitutionnalité, il exerce des attributions du juge de la répartition des compétences normatives.

Cette jurisprudence empêche le Gouvernement de modifier les matières ratifiées : quel que soit le domaine auquel elles appartiennent, le caractère législatif de l'ordonnance est présumé[587]. Pour le désavouer, le Premier ministre est d'abord contraint de saisir le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 37, alinéa 2 afin de procéder ensuite à une délégalisation des dispositions en cause[588]. Ce fut par exemple le cas avec la décision n° 72-73 L du 29 février 1972 : l'ordonnance avait été ratifiée y compris dans ses matières réglementaires. En l'espèce, le Conseil constitutionnel a finalement considéré que « les dispositions de l'ordonnance susvisée du 17 août 1967 (…) relatives à la désignation des autorités chargées d'homologuer les accords de dérogation, à la détermination de l'organisme (…) et à la désignation de ses membres (…) ressortissent au domaine du pouvoir réglementaire »[589]. Plus récemment, en 2013[590], il a jugé qu'une partie des dispositions de l'ordonnance avait un caractère réglementaire alors même que le juge de la constitutionnalité avait, un an auparavant, jugé la loi de ratification conforme à la Constitution[591].

Le mécanisme des ordonnances permet au Gouvernement d'intervenir dans des matières législatives. En réalité, en veillant rigoureusement au système de l'article 38 de la Constitution, le juge de la constitutionnalité étend le domaine de la loi et contredit le paradigme initial : le législateur voit son domaine de compétence s'élargir. En ce sens, le juge de la constitutionnalité

[586] A. Jennequin, « La question prioritaire de constitutionnalité à l'épreuve des ordonnances », *AJDA*, 2010, p. 2300.
[587] L. Favoreu, « La délégalisation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel », *in Mélanges Waline*, Tome II, LGDJ, 1974, pp. 431-432.
[588] Dans ce contexte, seules les ordonnances ratifiées sont concernées par la procédure de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2017-269 L du 28 février 2017, Nature juridique de l'article 654 bis du code général des impôts, *Journal officiel* n°0052 du 2 mars 2017 texte n° 89.
[589] Considérant 8 de la décision n° 72-73 L du 29 février 1972.
[590] Décision n° 2013-241 L du 5 novembre 2013, Nature juridique de dispositions relatives à des conseils consultatifs, *Journal officiel* du 7 novembre 2013 p. 18173, texte n° 80, cons. 3.
[591] Décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, Loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports, *Journal officiel* du 20 mars 2012, p. 5028, texte n° 4.

s'érige en gardien du domaine de la loi. De la sorte, le Conseil constitutionnel déploie un autre office qui est celui du juge de la répartition des compétences normatives.

Conclusion du chapitre

Le Conseil constitutionnel s'est émancipé de la volonté des constituants : il n'a pas protégé le domaine réglementaire. Bien au contraire, il a défendu celui réservé au législateur. Ce constat n'est pas nouveau puisqu'il date des années 1970 et de l'interprétation du Préambule de la Constitution de 1958. En effet, en lui octroyant une valeur constitutionnelle, le juge de la constitutionnalité a considérablement élargi le champ d'action du législateur. Pourtant, cet office devait se contenter de protéger le texte suprême et être indifférent à la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire. Finalement, dans ses décisions DC et QPC, le Conseil constitutionnel adopte une jurisprudence consistant à défendre les matières du législateur. En élargissant le domaine de la loi, ses facultés de saisine s'accroissent. Plus les compétences du législateur sont vastes et étendues, moins le pouvoir réglementaire est compétent. En conséquence, la Haute instance réduit la compétence du juge administratif à son profit. Rappelons en effet qu'il est le seul à pouvoir contrôler la constitutionnalité des lois. En somme, l'extension du domaine de la loi étend par ricochet son champ de compétence[592]. À cet égard, le juge de la constitutionnalité utilise le moyen d'incompétence négative pour exiger une intervention du législateur.

[592] L. Favoreu, « L'effet des décisions du Conseil constitutionnel à l'égard du juge administratif français », *RIDC*, n° 9, 1987, p. 481.

Chapitre 2 : L'incompétence négative : un subterfuge pour assurer une répartition des compétences normatives

L'incompétence négative ne concerne pas uniquement la compétence du législateur. En ce sens, il faut la distinguer de la réserve de loi. L'incompétence négative « concerne tout exercice d'une compétence normative. Elle désigne de manière générique les situations dans lesquelles un acteur, loin d'empiéter sur la compétence d'un autre acteur, ne fait pas un emploi suffisant de son habilitation, et voit ses productions normatives censurées à ce titre »[593]. La réserve de loi, en revanche, est l'autorisation faite au législateur de régir une matière et réciproquement, l'interdiction adressée aux autres autorités de réglementer ce même domaine. Le Conseil constitutionnel a tendance à confondre les deux notions[594]. En effet, il recourt, dans ses décisions DC et QPC, à la technique de l'incompétence négative pour préserver la compétence du législateur.

D'après François Priet, il existe deux types d'incompétence négative : le premier se rencontre lorsque le législateur délègue une partie de sa compétence à une autorité alors qu'il est compétent ; le second s'illustre lorsque le législateur n'épuise pas la totalité de sa compétence, la loi étant donc incomplète. Pour l'auteur, dans le premier cas, le législateur renvoie le plus souvent à un décret et c'est à ce titre qu'il admet une « technique de délégation indirecte »[595]. En d'autres termes, il s'agit d'une habilitation conférée au pouvoir réglementaire, en dehors de l'article 38 de la Constitution[596], alors que le législateur est identifié comme étant le seul compétent. D'aucuns admettent qu'il s'agit, dans cette hypothèse, d'une « incompétence négative positive »[597], soit d'un « d'un dessaisissement explicite de la compétence législative »[598].

Dans le second cas, en revanche, l'imprécision du législateur, sans renvoi au pouvoir réglementaire, laisse une certaine marge de manœuvre aux autorités chargées d'appliquer le texte législatif. À cette occasion, le juge de la constitutionnalité peut désigner l'autorité chargée de surmonter cette imprécision : le pouvoir réglementaire ou le législateur. En déterminant

[593] G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, p. 436.
[594] *Ibid*.
[595] F. Priet, « L'incompétence négative du législateur », art. cité, p. 67.
[596] François Luchaire évoque la notion de « délégation sans texte », cf. « Introduction », *in Conseil constitutionnel et Conseil d'État, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, LGDJ, 1988, p. 50.
[597] D. Fallon, « Les vicissitudes de l'incompétence négative en QPC », *Constitutions*, 2018, p. 241.
[598] *Ibid.*

laquelle de ces deux autorités est compétente, il opère également une répartition des compétences.

Pour autant, l'étude ne consiste pas à scruter la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au moyen d'incompétence négative. L'analyse se concentre uniquement sur la censure des lois au motif que le législateur a habilité, explicitement ou non, le pouvoir réglementaire à intervenir alors qu'il était compétent. En ce sens, la méconnaissance du texte suprême résulte de l'accroissement des compétences du pouvoir réglementaire. À cette occasion, le juge de la constitutionalité procède à une répartition des compétences normatives en exigeant du législateur qu'il adopte une loi plus précise car il est la seule autorité compétente en la matière. De cette façon, les articles 37, alinéa 2 et 41 de la Constitution[599] ne sont pas les seuls fondements en vertu desquels le Conseil constitutionnel opère une distribution des compétences normatives.

Ainsi, l'hypothèse dans laquelle le législateur délègue une partie de sa compétence à des autorités ne disposant pas du pouvoir réglementaire[600] ne nous intéresse pas. En effet, il s'agit ici de montrer que le juge de la constitutionnalité empiète sur les compétences du juge de la répartition des compétences normatives. Or, ce dernier n'intervient que pour déterminer si une disposition relève du domaine de la loi ou du domaine réglementaire.

De la même façon, l'incompétence négative, étudiée ici, ne concerne que celle du législateur ordinaire. Bien que « la carence du législateur »[601] soit apparue pour la première fois s'agissant d'une loi organique avec la décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967[602], le manquement du législateur organique ne rentre pas dans le champ de l'étude. En effet, le juge de la constitutionnalité est le seul compétent pour préserver le domaine de la loi organique. Ainsi, il exerce une compétence résultant de son office, aucun empiètement n'est donc à

[599] G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 4ème édition, Puf, 2016, p. 263.
[600] Par exemple, le législateur a été sanctionné, pour avoir délégué sa compétence : en matière de procédure pénale, au Président du Tribunal de grande instance, décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale, *Journal officiel* du 24 juillet 1975, p. 7533 ; aux organes d'une entreprise pour le transfert de biens du secteur public au secteur privé, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 ; aux autorités de polices pour procéder à des perquisitions, décision n° 90-281 DC du 27 décembre 1990, Loi sur la réglementation des télécommunications, *Journal officiel* du 29 décembre 1990, p. 16343.
[601] F. Miatti, « Le juge constitutionnel, le juge administratif et l'abstention du législateur », *LPA*, n°52, 1996, p. 4.
[602] Décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *Journal officiel* du 19 février 1967, p. 1793. Considérant 4 : « Considérant, par ailleurs, qu'un règlement d'administration publique ne peut fixer les conditions d'affectation desdits magistrats sans que la loi organique ait déterminé les garanties de nature à concilier les conséquences découlant du caractère temporaire des fonctions de conseiller référendaire à la Cour de cassation avec le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège ».

constater. À ce titre, le juge de la constitutionnalité censure les lois ordinaires contenant des dispositions relevant du domaine d'une loi organique[603]. Il refuse également qu'une loi organique renvoie à une loi ordinaire[604] ou à un décret[605] une matière qui est constitutionnellement réservée au législateur organique. Étant donné que les lois organiques ne sont « que le prolongement de la Constitution »[606] et contiennent des dispositions « matériellement constitutionnelles »[607], il revient au juge de la constitutionnalité, en tant que garant du texte constitutionnel, de les préserver. Cela ne relève d'aucun autre office du Conseil constitutionnel.

Quoi qu'il en soit, dans les deux cas, l'incompétence négative est une technique de répartition des compétences normatives (Section 1). Ainsi, le législateur encourt une censure pour ne pas avoir épuisé la totalité de sa compétence (Section 2).

Section 1 : Un moyen au service de la répartition des compétences normatives

« La jurisprudence dite de l'incompétence négative permet (…) à la volonté générale de rester souveraine en ne s'aliénant pas elle-même »[608]. C'est un moyen utilisé par le juge de la constitutionnalité pour censurer une disposition législative au motif que le législateur a fait preuve d'imprécision ou a préféré renvoyé au pouvoir réglementaire. Ainsi, à cette occasion, le juge de la constitutionnalité censure s'il admet que le législateur s'est dessaisi d'une matière relevant de son domaine. Par exemple, en 2015, il a jugé « que le législateur n'a pas encadré le renvoi au décret et, en confiant au pouvoir réglementaire la compétence pour fixer le champ

[603] Par exemple : décision n° 84-177 DC du 30 août 1984, Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française, et notamment son article 10, *Journal officiel* du 4 septembre 1984, p. 2803, cons 5 et 6 ; ou encore décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137, *Journal officiel* du 4 septembre 1984, p. 2804, cons. 6 et 7.

[604] Par exemple dans la décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *Journal officiel* du 29 février 1992, p. 3122, cons. 7.
Plus récemment, dans la décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019 (Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *Journal officiel* n°0071 du 24 mars 2019, texte n° 4), le Conseil a censuré une disposition législative qui relevait du domaine de la loi organique (cons. 386 et 387).

[605] Par exemple dans la décision n° 94-353/356 DC du 11 janvier 1995, Loi organique modifiant diverses dispositions relatives à l'élection du Président de la République et à celle des députés à l'Assemblée nationale et loi organique relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République, *Journal officiel* du 14 janvier 1995, p. 731, cons. 13.

[606] L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffini, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 145.

[607] J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel*, *La V^ème^ République*, Tome 2, *op. cit.*, p. 223.

[608] F. Priet, « L'incompétence négative du législateur », art. cité, p. 85.

d'application de la loi, a reporté sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ». Il ajoute « qu'il a ainsi méconnu l'étendue de sa compétence »[609]. De cette façon, la jurisprudence *Blocage des prix et revenus* a été supplantée (§1).

Toutefois, le juge de la constitutionnalité ne censure pas systématiquement. En effet, pour surmonter cette carence du législateur, le Conseil émet des réserves d'interprétation directives (§2). Ce faisant, il désigne l'autorité compétente pour empêcher le texte d'être inconstitutionnel. De la sorte, le juge de la constitutionnalité répartit les compétences.

§1 : Le contournement de la jurisprudence Blocage des prix et revenus par le juge de la constitutionnalité

En 1982, avec la décision *Blocage des prix et revenus*[610], l'étanchéité des offices semble patente. Avec cette nouvelle jurisprudence, le juge de la constitutionnalité prétend n'exercer qu'une mission : protéger la Constitution. En réalité, un moyen est utilisé pour assurer l'office du juge de la répartition des compétences normatives : l'incompétence négative. De cette façon, « ce que le Conseil va abandonner d'une main, il va (…) le récupérer de l'autre en (…) sanctionnant les abandons excessifs de compétence législative par le Parlement »[611].

Dès lors que le Conseil constitutionnel admet un moyen d'incompétence négative recevable, alors, *de facto*, le domaine du législateur est identifié (A). Réciproquement, lorsqu'est invoqué un tel moyen mais que le juge de la constitutionnalité le rejette, il considère que la matière relève du domaine réglementaire (B). Ce faisant, dans ses décisions opérant un contrôle de constitutionnalité, il opère une distribution des compétences normatives.

[609] Décision n° 2015-718 DC du 13 août 2015, Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, *Journal officiel* n°0189 du 18 août 2015 p. 14376 texte n° 4, cons. 24.
[610] Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.
[611] G. Drago, « Les différents types de contentieux ou 5 000 décisions en 60 ans », *NCCC*, n°58, 2018, p. 7.

A. La recevabilité du moyen d'incompétence négative ou l'identification d'une matière relevant du domaine de la loi

Sous la IV[ème] République, la Constitution n'est pas la norme juridique suprême, elle sert plutôt de « variable d'ajustement »[612]. D'ailleurs, malgré l'article 13 de la Constitution selon lequel « l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit », les parlementaires ont adopté plusieurs lois[613] procédant à une délégation de pouvoirs au profit du Gouvernement. C'est le cas par exemple, de la loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier[614] qui prévoyait, en son article 6, qu'« à dater de la promulgation de la présente loi dans les matières ayant par leur nature un caractère réglementaire, déterminées à l'article ci-dessous, des décrets pourront désormais être pris en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat et sur rapport du ministre des finances et des affaires économiques et des ministres intéressés, pour abroger, modifier ou remplacer les dispositions en vigueur ». Ainsi, en dépit de la prohibition consacrée par le texte suprême, le législateur déléguait ses compétences en utilisant la technique de la délégalisation. Cette loi « part du principe selon lequel certaines matières, dont elle donne une liste, ont un caractère réglementaire par nature, et dans lesquelles le pouvoir exécutif peut par conséquent prendre des mesures indépendantes de toute autorisation préalable du législateur »[615]. À cette époque, le Parlement étant souverain, il admettait qu'il était maître de sa compétence. Il pouvait ainsi la déléguer en partie mais la reprendre à tout moment.

Au contraire, la V[ème] République a porté un coup sévère au légicentrisme en plaçant le texte constitutionnel au sommet de la hiérarchie des normes. Désormais, la loi ne peut intervenir comme bon lui semble, seules certaines matières lui sont attribuées. Parallèlement, si la Constitution donne compétence au législateur, ce dernier n'a pas d'autre choix que de légiférer. Ainsi, la réserve de loi est constitutionnellement protégée par la Constitution : lorsque le législateur est compétent, il est impossible d'habiliter une autre autorité pour intervenir dans ce domaine[616]. Le législateur n'est plus l'unique aiguilleur de son domaine d'intervention, il n'est

[612] J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel, Théorie générale – Histoire Régimes étrangers*, Tome 1, *op. cit*., p. 305.
[613] Comme par exemple : les articles 5, 6 et 7 de la loi n°53-611 du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier publiée au *Journal officiel* du 11 juillet 1953 p. 6143 ou encore la loi n°54-809 du 14 août 1954 redressement financier : mise en œuvre d'un programme d'équilibre financier d'expansion économique et de progrès social publiée au *Journal officiel* du 15 août 1954 p. 7858.
[614] Loi n° 48-1268 du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier publiée au *Journal officiel* du 18 août 1948 p. 8082.
[615] S. Leroyer, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V[ème] République*, Dalloz, 2011, p. 325.
[616] Sur ce point, *cf*. J. Tremeau, *La réserve de loi : compétence législative et Constitution*, *op. cit*., p. 16.

plus « souverain »[617]. Sa compétence est indisponible, son non-épuisement constitue un manquement au principe d'indisponibilité des compétences[618]. De la sorte, la méconnaissance de la réserve de loi se traduit par « un chef d'inconstitutionnalité spécifique de la loi »[619], à savoir l'incompétence négative. Ce moyen apparaît comme un rempart pour se prémunir contre les délégations législatives excessives. À ce titre, seule la Haute instance[620] utilise l'expression « d'incompétence négative » mais de manière non systématique[621].

Contrairement au domaine réglementaire, la Constitution ne prévoit aucune procédure de protection du domaine de la loi[622]. Pour autant, le juge de la constitutionnalité le préserve grâce au moyen d'incompétence négative. Ainsi, il en fixe les frontières[623] et va même jusqu'à censurer la totalité d'une loi pour motif d'insuffisance[624].

L'incompétence négative est une technique de répartition des compétences normatives en tant que le juge de la constitutionnalité sanctionne le législateur qui a délégué sa compétence au pouvoir réglementaire[625] de manière générale. Il peut s'agir notamment d'un renvoi à un décret[626]. Un décret a pour auteur le pouvoir exécutif, à savoir le Président de la République et/

---

[617] J. Garcia, *Les incompétences négatives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 101.
[618] G. Tusseau, « L'indisponibilité des compétences » *in La compétence*, Litec, 2008, p. 115.
[619] L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffini, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 844.
[620] *Ibid.*
[621] Parfois explicitement, comme c'est le cas dans les décisions n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, Loi de modernisation de notre système de santé, *Journal officiel* n°0022 du 27 janvier 2016 texte n° 2 ; n° 2007-550 DC du 27 février 2007, Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, *Journal officiel* du 7 mars 2007, p. 4368, texte n° 21 ; n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *Journal officiel* du 7 août 2004, p. 14087, texte n° 9 ; ou dans d'autres cas, en précisant que le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence comme dans les décisions n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, Loi relative à la protection de l'identité, *Journal officiel* du 28 mars 2012, p. 5607, texte n° 6 ; Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, Loi de finances pour 2014, *Journal officiel* du 30 décembre 2013 p. 22188, texte n° 3 ; Décision n° 2016-732 DC du 28 juillet 2016, Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, *Journal officiel* n°0186 du 11 août 2016, texte n° 2.
Jonathan Garcia estimant à cet égard, qu'à chaque fois qu'il souhaite censurer une disposition législative, le Conseil constitutionnel n'utilise pas expressément la formule « incompétence négative » alors qu'il l'utilise lorsqu'il ne censure pas. (J. Garcia, *Les incompétences négatives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 214).
[622] Les articles 37, alinéa 2 et 41 de la Constitution sont au service du Premier ministre et du Gouvernement pour assurer la protection du domaine réglementaire.
[623] S'il était réellement protecteur du domaine de la loi, il ne censurerait pas les dispositions législatives pour incompétence négative. D'après J. Garcia, soixante-quatorze censures ont été recensées entre le 4 octobre 1958 et 1er septembre 2015 sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. Voir sa thèse, *Les incompétences négatives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 56.
[624] Décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, *Journal officiel* du 30 juillet 1993, p. 10750.
[625] Le pouvoir réglementaire est entendu largement : ici est reprise la répartition normative des articles 34 et 37 de la Constitution. Le pouvoir réglementaire inclut les décrets.
[626] Comme le suggère François Priet, *cf.* « L'incompétence négative du législateur », art. cité, p. 85.

ou[627] le Premier ministre. L'étude se restreignant au renvoi à un décret n'aurait d'intérêt que si la répartition des pouvoirs était en cause. Or, il s'agit de souligner que le juge de la constitutionnalité répartit les compétences normatives. Rappelons que le Conseil constitutionnel, dans son office de départiteur des compétences normatives, doit déterminer si une matière est éventuellement du domaine réglementaire et non si une matière relève du pouvoir exécutif ou législatif. Le pouvoir exécutif et le pouvoir réglementaire ne se confondent pas. Certes, les détenteurs du pouvoir exécutif sont aussi titulaires du pouvoir réglementaire[628] mais ils ne sont pas les seuls : il existe une pluralité de détenteurs du pouvoir réglementaire[629]. Ainsi, le juge de la constitutionnalité répartit les compétences normatives lorsqu'il censure une disposition législative habilitant largement le pouvoir réglementaire à intervenir dans un domaine réservé au législateur. En sanctionnant le législateur sur le fondement de l'incompétence négative, le juge de la constitutionnalité se comporte comme « le chien de garde » [630] du partage des compétences.

Pourtant, en refusant, à partir de 1982[631], de sanctionner l'empiètement du législateur sur le domaine réglementaire, le Conseil constitutionnel souhaitait se recentrer sur sa mission de juge de la constitutionnalité, à savoir l'examen de constitutionnalité des dispositions législatives. En réalité, avec le développement croissant de l'incompétence négative, il contrôle si la délégation ou encore l'habilitation du législateur conférée à une autorité, disposant du pouvoir réglementaire, respecte la répartition des articles 34 et 37 de la Constitution. Le juge de la constitutionnalité, par ce moyen qu'il soulève même d'office[632], censure les dispositions qui renvoient à un décret ou au Gouvernement dès lors qu'il s'agit d'une matière relevant de la loi.

Par exemple, le juge de la constitutionnalité censure une disposition laissant au Gouvernement le soin de fixer le nombre de représentants des salariés au sein des conseils d'administration du secteur public[633]. Il juge inconstitutionnelle, car du domaine de la loi, une

[627] Conformément à l'article 13 de la Constitution, les décrets délibérés en Conseil des ministres sont signés par le Président de la République et contresignés par le Premier ministre, les deux signatures apparaissent alors.
[628] L'article 21, alinéa 1 de la Constitution dispose que « sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires ».
[629] R. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit*., p. 649.
[630] J.-L. Pezant, « Loi/règlement, la construction d'un nouvel équilibre ». *RFSP*, n° 4-5, 1984, p. 929.
[631] Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.
[632] Un moyen soulevé d'office « désign[e] (…) les questions de constitutionnalité relevées d'office par le juge de la constitutionnalité, c'est-à-dire une nouvelle norme de référence quant à une disposition de loi déjà critiquée », A.-C. Bezzina, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014, p. 21.
[633] La loi objet du contrôle relative à la démocratisation du secteur public s'appliquait principalement à des établissements publics industriels et commerciaux de l'État et à des sociétés dont le capital est notamment détenu

disposition législative qui renvoie à un décret la désignation des représentants des actionnaires[634], qui laisse au Gouvernement le soin de fixer une date d'effet d'abrogation d'une loi sans limite[635] ou encore qui se réfère à un décret en Conseil d'État pour fixer la date d'entrée en vigueur d'une loi dans les départements d'outre-mer[636]. L'incompétence négative se retrouve également lorsque le législateur délègue au pouvoir réglementaire la mission d'encadrer l'accessibilité des personnes handicapées à l'entrée d'une catégorie de bâtiments[637], les critères d'affectation d'une partie de ses recettes[638], l'assiette de la contribution à l'accès au droit et à la justice[639] ou même encore la détermination de catégorie de personnes affiliées à une organisation de prévoyance et d'assurance vieillesse[640]. Ainsi, le juge de la constitutionnalité sanctionne le législateur qui exige l'intervention du pouvoir réglementaire dans une matière relevant du domaine de la loi. De cette façon, dans son office de juge de la constitutionnalité, il identifie les matières relevant de la loi. De même, le juge de la constitutionnalité répartit les compétences normatives lorsqu'il autorise le législateur à déléguer au pouvoir réglementaire une matière déterminée.

B. Le rejet de l'incompétence négative ou l'identification d'une matière réservée au pouvoir réglementaire

Le grief d'incompétence négative n'est pas systématiquement recevable. Dans ce cas, le juge de la constitutionnalité précise explicitement que la matière relève du pouvoir réglementaire. Pour déterminer si le législateur a fait preuve d'incompétence négative et éventuellement accueillir le grief du requérant, le juge de la constitutionnalité est contraint

par l'État. Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public, *Journal officiel* du 22 juillet 1983, p. 2267, cons. 18.

634 Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, cons. 27.

635 Décision n° 86-223 DC du 29 décembre 1986, Loi de finances rectificative pour 1986, *Journal officiel* du 30 décembre 1986, p. 15802, cons. 14.

636 Décision n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux, *Journal officiel* du 27 juillet 1990, p. 9021, cons. 26.

637 Décision n° 2011-639 DC du 28 juillet 2011, Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap, *Journal officiel* du 30 juillet 2011, p. 13011, texte n° 6, cons. 10.

638 Décision n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013, Loi de finances rectificative pour 2013, *Journal officiel* du 30 décembre 2013 p. 22232, texte n° 7, cons. 26.

639 Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *Journal officiel* n°0181 du 7 août 2015, p. 13616, texte n° 2, cons.51.

640 Décision n° 2016-742 DC du 22 décembre 2016, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2017, *Journal officiel* n°0299 du 24 décembre 2016 texte n° 3, cons. 37.

d'interpréter notamment les articles 34 et 37. Ce faisant, il procède à une répartition des compétences normatives.

À ce titre, la décision n° 2018-769 DC du 4 septembre 2018[641] est riche d'enseignements. Le juge de la constitutionnalité énumère les matières dans lesquelles le législateur est intervenu avant de juger que les groupements de mots faisant référence au renvoi au pouvoir réglementaire sont conformes à la Constitution. Il précise en effet que le législateur « a déterminé les modalités selon lesquelles le compte personnel de formation est abondé, l'existence d'un plafond à cette alimentation et le rapport entre la valeur de ce plafond et le montant annuel de l'alimentation ». La loi a également fixé « la périodicité selon laquelle une actualisation des droits à cette alimentation peut intervenir »[642]. En revanche, la loi renvoie au pouvoir réglementaire le soin de fixer « l'ancienneté minimale nécessaire pour qu'un salarié bénéficie d'un projet de transition professionnelle », « la détermination des modalités d'accompagnement du salarié bénéficiant d'un tel projet et de sa prise en charge financière », « la rémunération minimale due au salarié bénéficiaire d'un tel projet ainsi que ses modalités de versement » et « les modalités de conversion en euros des heures acquises au titre du compte personnel de formation et du droit individuel à la formation à la date du 31 décembre 2018 » [643]. Ainsi, le Conseil constitutionnel estime qu'à chaque fois que le législateur demande au pouvoir réglementaire d'intervenir, aucun vice d'incompétence négative n'est à relever. De cette façon, en voulant purger la loi d'un tel vice, le juge de la constitutionnalité identifie clairement les matières relevant du domaine de la loi et celles qui relèvent du domaine réglementaire.

De façon analogue, dans l'affaire n° 2014-706 DC du 18 décembre 2014[644], les requérants estiment que le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence en renvoyant à un décret la fixation du barème de variation des allocations familiales en fonction des ressources du ménage. Le juge de la constitutionnalité rappelle les matières relevant de la loi, à savoir l'existence des prestations familiales, la détermination des catégories de personnes pouvant en bénéficier ainsi que la nature des conditions que doivent remplir les bénéficiaires. Puis, il juge que « la fixation des montants et du barème de ces prestations en fonction des ressources des bénéficiaires relève du pouvoir réglementaire »[645].

[641] Décision n° 2018-769 DC du 4 septembre 2018, Loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel, *Journal officiel* n°0205 du 6 septembre 2018, texte n° 2.
[642] Considérant 16 de la décision n° 2018-769 DC du 4 septembre 2018.
[643] Considérant 17 de la décision n° 2018-769 DC du 4 septembre 2018.
[644] Décision n° 2014-706 DC du 18 décembre 2014, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2015, *Journal officiel* n°0297 du 24 décembre 2014 p. 21789, texte n° 2.
[645] Considérant 29 de la décision n° 2014-706 DC du 18 décembre 2014.

En 2000, il en est de même à l'occasion du contrôle de la loi relative à la chasse[646]. Les députés auteurs de la saisine soutiennent que le législateur n'a pas épuisé la totalité de sa compétence en octroyant au pouvoir réglementaire la compétence pour fixer les taux des taxes de plan de chasse. En effet, ils estiment que les taxes de plan de chasse sont des impositions de toute nature relevant de la compétence du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution. Le juge de la constitutionnalité n'a pas accueilli favorablement cette argumentation puisqu'il a estimé que cette taxe était parafiscale : son régime relève donc du pouvoir réglementaire[647].

Les exemples sont nombreux. Le juge de la constitutionnalité estime que le législateur n'est pas resté en deçà de sa compétence en renvoyant au pouvoir réglementaire « le soin de définir les conditions dans lesquelles la contribution en nature est apportée pour s'assurer que la mise à disposition d'encarts publicitaires soit d'une valeur équivalente à celle de la contribution financière »[648]. De même, la loi est conforme à la Constitution si le pouvoir réglementaire est habilité à fixer « les conditions de (…) neutralité et (…) [d']uniformisation »[649] des emballages de cigarettes. La Constitution n'est pas non plus méconnue si une loi laisse le pouvoir réglementaire « déterminer les services non spécialisés qui pourront recourir aux techniques de recueil de renseignement »[650].

De la sorte, le juge de la constitutionnalité interprète le texte constitutionnel pour admettre qu'une matière relève ou non du domaine de la loi et qu'il y a méconnaissance de l'étendue de la compétence du législateur. L'incompétence négative est donc un moyen d'assurer cette répartition des compétences[651]. Lors du contrôle *a priori*, le juge de la constitutionnalité examine le moyen d'incompétence négative alors que la répartition des compétences normatives relève d'un autre office du Conseil constitutionnel. En réalité, il agit ainsi parce qu'il n'existe pas de procédure, à côté de celle de l'article 37, alinéa 2, permettant au législateur de reprendre une matière qui est entre les mains du pouvoir réglementaire.

---

[646] Décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, Loi relative à la chasse, *Journal officiel* du 27 juillet 2000, p. 11550.
[647] Considérant 16 de la décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, « considérant que "la taxe par animal à tirer", qui est perçue dans l'intérêt économique propre d'un secteur particulier au profit d'organismes de droit privé, a le caractère d'une taxe parafiscale et non celui d'une imposition ; que le régime d'une telle taxe relève du pouvoir réglementaire ; qu'il appartiendra toutefois à la loi de finances d'en autoriser annuellement la perception, ainsi qu'il ressort du troisième alinéa de l'article 4 de l'ordonnance susvisée du 2 janvier 1959 ; que, par suite, doit être rejeté le grief tiré de ce que la disposition critiquée serait entachée d'incompétence négative ».
[648] Considérant 40 de la décision n° 2015-718 DC du 13 août 2015.
[649] Considérant 17 de la décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016.
[650] Considérant 14 de la décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, Loi relative au renseignement, *Journal officiel* n°0171 du 26 juillet 2015 p. 12751, texte n° 4.
[651] A. Ould Bouboutt, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica, 1987, p. 132.

En conséquence, il ne censure plus, depuis sa jurisprudence *Blocage des prix et revenus*, le législateur empiétant sur le pouvoir réglementaire mais sanctionne, avec le moyen d'incompétence négative, le législateur délégant excessivement sa compétence, au pouvoir réglementaire. Le moyen d'incompétence négative est donc utilisé comme une technique pour distribuer les compétences. Ces dernières sont également réparties, de façon insidieuse, lorsque le juge de la constitutionnalité émet des réserves d'interprétation directives.

§2 : Les réserves d'interprétation directives corrigeant l'insuffisance du législateur

Les réserves d'interprétation directives visent à corriger l'imprécision du législateur, non pas en ajoutant un élément à la loi mais plutôt en exigeant qu'une autorité intervienne. Cela permet ainsi d'empêcher la censure d'une loi (A) en préconisant l'adoption ultérieure d'un acte réglementaire ou législatif (B). En identifiant quelle autorité est compétente pour surmonter la carence du législateur, le juge de la constitutionnalité répartit incidemment les compétences.

A. Une technique pour éviter la censure de la loi

Dès lors qu'elles s'adressent au législateur ou au pouvoir réglementaire, les réserves d'interprétation directives sont une technique de répartition des compétences normatives utilisée par le juge de la constitutionnalité. Il n'est pas opportun d'affirmer que le juge de la constitutionnalité rend soit des décisions de conformité soit des décisions de non-conformité. En effet, la loi contestée devant lui n'est parfois pas uniquement conforme à la Constitution ni seulement inconstitutionnelle. Parmi les décisions de conformité, le juge de la constitutionnalité considère parfois que le respect, par les destinataires, de certaines directives est nécessaire. Il s'agit des « décisions de conformité sous réserve » qui sont de trois types selon le Doyen Favoreu[652] : les réserves d'interprétation constructives, les réserves d'interprétation neutralisantes et les réserves d'interprétation directives.

Pour les premières, le juge de la constitutionnalité procède à une adjonction au sein du texte rendant ainsi ce dernier conforme, « il sauve une disposition de la censure »[653]. C'est le

[652] L. Favoreu, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, Vol. 38, n° 2, 1986, p. 622.
[653] G. Bergougnous, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *NCCC*, n° 38, 2013, p. 7.

cas lorsque le Conseil précise que la nullité du pacte civil de solidarité est absolue notamment entre ascendant et descendant en ligne directe [654] ou encore lorsqu'il prévoit que les personnes agréées par l'État pouvant réaliser des fouilles d'archéologie préventive doivent obligatoirement se conformer aux exigences du service public auquel elles participent[655]. Ici, le juge de la constitutionnalité ajoute un élément à la loi déférée permettant de la rendre constitutionnelle.

Les réserves d'interprétation neutralisantes, quant à elles, rendent la disposition conforme en réduisant les cas d'application. Une chose « est neutralisante si elle amoindrit et ampute un certain nombre d'éléments constitutifs de sa substance »[656]. À titre d'illustration, le pouvoir de veto d'un Président d'université dans le recrutement, la mutation et le détachement des enseignants-chercheurs est conforme à la Constitution, et notamment au principe d'indépendance des enseignants-chercheurs, seulement dans l'hypothèse où son refus repose sur des motifs propres à l'administration de l'université et, ne se prononce pas sur la qualification scientifique des candidats retenus à l'issue de la procédure de sélection[657].

La réserve d'interprétation directive se distingue des deux autres dans la mesure où la conformité de la loi est conditionnée à la réalisation d'une prescription émise par le juge de la constitutionnalité. Ce type de réserve est aussi appelée « injonction »[658] ou encore « décision d'interprétation directive »[659]. Par exemple, lorsque le juge de la constitutionnalité exige de la commission des opérations de bourse qu'elle veille au principe d'égalité devant la loi, il émet une réserve d'interprétation directive permettant de sauver la loi. Il impose à la commission « tant dans l'exercice de son pouvoir réglementaire que dans l'octroi de son visa, (…) de s'assurer que le résumé [figurant sur le prospectus destiné à l'information des investisseurs potentiels pour la réalisation d'une opération par appel public à l'épargne] comporte les données essentielles relatives au " contenu " et aux " modalités de l'opération ", ainsi qu'à " l'organisation, la situation financière et l'évolution de l'activité de l'émetteur" »[660].

---

[654] Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, *Journal officiel* du 16 novembre 1999, p. 16962, cons. 27.
[655] Décision n° 2003-480 DC du 31 juillet 2003, Loi relative à l'archéologie préventive, *Journal officiel* du 2 août 2003, p. 13304, cons. 11.
[656] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 80.
[657] Décision n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, M. Jean C. et autres [Loi Université], *Journal officiel* du 7 août 2010, p. 14615, texte n° 44, cons. 16.
[658] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 80.
[659] T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, *op. cit.*, p. 275.
[660] Décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *Journal officiel* du 12 décembre 2001, p. 19712, cons. 18.

Ainsi, les réserves d'interprétation directives ne s'adressent pas uniquement au législateur ou au pouvoir réglementaire. « D'une manière générale, (…) les destinataires sont potentiellement les autorités directement chargées de l'application de la loi, ce qui englobe, en principe, le Gouvernement, les autorités administratives et les juges ordinaires »[661]. Les autorités administratives et juridictionnelles doivent veiller par exemple à ce que France Télécom respecte scrupuleusement les principes constitutionnels régissant le service public[662]. Elles doivent également s'assurer que la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation, la communication, la contestation et la rectification des données du fichier des contrats d'assurance-vie seront mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à l'objectif poursuivi[663]. Ces suggestions constituent, en réalité, la condition pour que la loi contestée soit conforme à la Constitution. Elles indiquent comment appliquer la loi dans le respect du texte suprême[664]. Néanmoins, il s'agit d'une réserve d'interprétation directive uniquement si la constitutionnalité de la disposition en question dépend du respect de la directive. En d'autres termes, si la constitutionnalité de la loi n'est pas en jeu, alors il ne s'agit pas d'une réserve directive : « la directive est l'épicentre de l'interprétation conforme. La constitutionnalité de la loi repose sur elle. C'est un pilier. C'est d'elle que dépend la constitutionnalité de la loi. La constitutionnalité du texte dépend du respect ultérieur de la directive. C'est en cela que le terme réserve prend toute sa signification »[665].

Ces réserves peuvent être assimilées à une technique de répartition des compétences normatives lorsque le juge de la constitutionnalité identifie le pouvoir réglementaire ou le législateur comme l'autorité compétente pour surmonter l'inconstitutionnalité. Dans ce contexte, alors que c'est le juge de la constitutionnalité qui y a recours, il empiète sur l'office du juge de la répartition des compétences.

En conséquence, grâce aux réserves d'interprétation directives, les lois évitent la censure. Cependant, leur conformité dépend du bon vouloir des autorités. Il ne s'agit pas d'étudier le suivi des réserves interprétatives mais de s'attarder sur l'autorité désignée par le Conseil pour surmonter la carence du législateur.

---

[661] T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, *op. cit.*, p. 281.
[662] Décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France télécom, *Journal officiel* du 27 juillet 1996, p. 11408, cons. 6.
[663] Décision n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013, Loi de finances rectificative pour 2013, *Journal officiel* du 30 décembre 2013 p. 22232, texte n° 7, cons. 13.
[664] R. Fraisse, « QPC et interprétation de la loi », *LPA*, n° 89, 2011, p. 5.
[665] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 81.

B. La désignation de l'autorité compétente pour sauver la loi

Le juge de la constitutionnalité répartit les compétences en indiquant comment compléter la loi : il contourne la censure pour incompétence négative en indiquant au pouvoir réglementaire ou au législateur quelle est sa marge de compétence. Les préconisations du Conseil constitutionnel adressées aux autorités administratives ou juridictionnelles n'entrent pas dans notre champ d'étude, à rebours de celles qui ont pour destinataire le législateur ou le pouvoir réglementaire.

Lorsque le législateur est parfois négligent, le Conseil constitutionnel ne le censure pas systématiquement pour autant sur le fondement de l'incompétence négative. Même s'il est évident que le législateur n'a pas épuisé toute sa compétence, le juge de la constitutionnalité préfère parfois admettre que la disposition est conforme en exigeant une intervention du pouvoir réglementaire ou du législateur. C'est sur ce point précisément qu'il opère un partage de compétences : en déterminant l'autorité devant intervenir. Si l'autorité désignée est le législateur, alors la matière relève du domaine de la loi. *A contrario*, dans le cas où le pouvoir réglementaire est désigné, la matière relève du champ de l'article 37 de la Constitution.

À cette occasion, le juge de la constitutionnalité fixe les limites de l'action de l'autorité désignée et dresse une liste des matières relevant de sa compétence. Son intervention est indispensable car sans cela, la disposition serait contraire à la Constitution. Dans cette hypothèse, le Conseil s'estime contraint de désigner l'un d'eux afin de purger la loi de tout vice d'inconstitutionnalité. Ce faisant, il répartit les compétences normatives alors qu'il aurait pu s'en tenir à une injonction générale destinée aux autorités administratives et juridictionnelles. S'il s'en contente dans certains cas, dans d'autres, il préfère désigner le pouvoir réglementaire (1) ou le législateur (2).

1. *Le pouvoir réglementaire désigné : l'identification d'une matière relevant du domaine réglementaire*

Le pouvoir réglementaire peut parfois être l'autorité désignée par le Conseil constitutionnel. Dans cette hypothèse, le juge de la constitutionnalité identifie précisément les conditions de son intervention et surtout la matière dans laquelle il doit adopter des actes réglementaires. En ce sens, le juge procède à une distribution de compétences normatives.

Par exemple, c'est seulement si le pouvoir réglementaire édicte un décret précisant aux Mahorais que leur vote est consultatif que le juge de la constitutionnalité admet la constitutionnalité de la loi organisant la consultation de Mayotte[666]. En effet, il appartient « aux autorités compétentes, en particulier au pouvoir réglementaire, de prévoir toutes dispositions utiles afin de rappeler à la population de Mayotte la portée purement consultative de son vote »[667]. Dans ce cas, le pouvoir réglementaire a été attentif : le décret précisait que la commission de contrôle devait prendre toutes les mesures pour informer les électeurs, y compris dans leur langue locale, sur le caractère consultatif du vote[668].

Le pouvoir réglementaire est contraint de prévoir des garanties de nature à assurer effectivement la sécurité des salariés lorsque le législateur impose « aux entreprises qui choisiraient de constituer des provisions à leur bilan, de garantir le risque lié à leur insolvabilité dans des conditions prévues par décret »[669]. De même, le pouvoir réglementaire doit fixer les modalités d'information des assurés sociaux relatives au nouveau système de remboursement des médicaments nécessaires pour assurer la constitutionnalité de la loi[670]. Ce dernier est également chargé « de fixer les règles de nature à garantir l'égal accès des candidats [à des emplois permanents de direction d'établissement public] et de préciser les modalités selon lesquelles leurs aptitudes seront examinées »[671]. Cette injonction a d'ailleurs été suivie puisque le pouvoir réglementaire a édicté plusieurs décrets concernant les procédures de sélection[672].

---

666 Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, *Journal officiel* du 10 mai 2000, p. 6976.

667 Considérant 17 de la décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000.

668 Article 8 du décret n° 2000-471 du 31 mai 2000 portant application de la loi n° 2000-391 du 9 mai 2000 organisant une consultation de la population de Mayotte publié au *Journal officiel* n°127 du 1er juin 2000 p. 8225, texte n° 19.

669 Décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes, *Journal officiel* du 6 août 1994, p. 11482, cons. 15.

670 Décision n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003, *Journal officiel* du 24 décembre 2002, p. 21500, cons. 21 : « il appartiendra au pouvoir réglementaire de prévoir les modalités d'une information précise de l'ensemble des assurés sociaux quant aux principes généraux du nouveau système de remboursement des médicaments et quant à la possibilité de se faire prescrire ou délivrer un médicament dont le prix soit égal à la base de remboursement ou le plus voisin de celle-ci ; qu'il revient en outre aux autorités administratives compétentes d'accompagner la mise en œuvre du nouveau système de remboursement par des actions de formation des professionnels de santé à l'usage des spécialités génériques, de contribuer à l'élaboration de "bonnes pratiques" en ce qui concerne la prescription de médicaments génériques par les médecins, ainsi que d'encourager l'exercice par les pharmaciens du pouvoir de substitution qu'ils détiennent en vertu de l'article L. 5125-23 du code de la santé publique ».

671 Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *Journal officiel* du 22 juillet 2009, p. 12244, texte n° 2, cons. 12 : « sous cette double réserve, ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de l'égal accès aux emplois publics ».

672 Décret n° 2010-261 du 11 mars 2010 relatif aux procédures de sélection et de nomination aux emplois de direction des établissements mentionnés au 1° de l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant diverses dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, publié au *Journal officiel* n°0063 du

Dans les cas précités, le défaut d'intervention du pouvoir réglementaire crée une faille qui rend la loi contraire à la Constitution. À défaut de censurer la loi, le juge de la constitutionnalité préfère contraindre le pouvoir réglementaire à intervenir et conséquemment il opère une répartition des compétences[673]. « Le Conseil constitutionnel n'interprète pas la loi mais dit comment il faut l'interpréter »[674]. En précisant l'autorité compétente chargée d'assurer la conformité de la loi, il procède *de facto* à un partage de compétences. « Ces réserves se retrouvent toujours dans le même type de scénario : (…) le Conseil écarte le moyen tiré de l'incompétence négative et sauve la disposition de l'inconstitutionnalité au moyen d'une réserve qui consiste à imposer ses contraintes à l'autorité réglementaire »[675]. En revanche, si la matière relève du domaine de la loi, le juge de la constitutionnalité exige l'intervention du législateur.

2. Une matière relevant du domaine de la loi : le législateur désigné

Le Conseil constitutionnel adresse parfois des injonctions au législateur. Dans cette hypothèse, le juge de la constitutionnalité a fait le choix de ne pas laisser cette matière au pouvoir réglementaire. La matière relève donc du domaine de la loi.

À l'occasion de la décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000[676], il estime nécessaire l'adoption d'une loi dans un cas précis : si « la promulgation de cette loi conduirait à une baisse significative du rendement attendu de la taxe [générale sur les activités polluantes] (…), il appartiendrait à une loi de financement de la sécurité sociale ultérieure de

16 mars 2010, texte n° 26 ; Décret n° 2010-263 du 11 mars 2010 relatif aux procédures de sélection et de nomination aux emplois de direction des établissements mentionnés aux 2° à 6° de l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière et figurant sur la liste mentionnée à l'article 1er du décret n° 2007-1930 du 26 décembre 2007 portant statut particulier du corps des directeurs d'établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux de la fonction publique hospitalière publié au *Journal officiel* n°0063 du 16 mars 2010, texte n° 28 ; Décret n° 2010-265 du 11 mars 2010 relatif aux modalités de sélection et d'emploi des personnes nommées en application de l'article 3 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière publié au *Journal officiel* n°0063 du 16 mars 2010, texte n° 30.

[673] La situation se rencontre à nouveau dans la décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, cons. 20 : « il appartiendra au pouvoir réglementaire de définir la notion de "motif légitime" et de préciser le "délai raisonnable" d'indisponibilité du conciliateur de justice à partir duquel le justiciable est recevable à saisir la juridiction, notamment dans le cas où le litige présente un caractère urgent. Sous cette réserve, et compte tenu des garanties qui précèdent, le grief tiré d'une méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif doit être écarté ».

[674] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 73.

[675] A. Viala, « Les réserves d'interprétation : un outil de " resserrement " de la contrainte de constitutionnalité », *RDP*, 1997, p. 1052.

[676] Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, *Journal officiel* du 24 décembre 2000, p. 20576.

prendre en compte les incidences sur les conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale des mesures en définitive arrêtées par la loi de finances rectificative pour 2000 »[677]. Ainsi, une matière relevant du domaine du législateur est clairement identifiée.

Dans une autre hypothèse, le juge de la constitutionnalité a admis une inconstitutionnalité, tout en refusant de censurer la loi, et contraint le législateur à surmonter cette inégalité. C'est le cas dans la décision de 2003[678] relative à la loi concernant les élections des conseillers régionaux. La liste de présentation de candidat doit respecter l'égal accès des hommes et femmes aux mandats électoraux, de telle sorte que la liste des candidats doit être composée alternativement d'une personne de chaque sexe en vertu de l'article 4 de la loi contestée. Or, pour les élections relatives à l'Assemblée de Corse, l'article 9 n'impose pas cette exigence. Étant donné que l'Assemblée de Corse et les conseils régionaux ne sont pas dans une situation différente justifiant un traitement différent, le juge de la constitutionnalité admet un vice d'inconstitutionnalité. Néanmoins, il ne censure pas l'article 9 en cause mais exige une intervention du législateur. Pourtant, il aurait pu demander au pouvoir réglementaire de fixer les modalités empêchant une telle inégalité. Il n'en est rien : il estime que ceci relève du pouvoir législatif. Le législateur a d'ailleurs suivi le Conseil constitutionnel puisqu'une loi a été adoptée en 2003[679] contenant un article unique destiné à pallier cette inconstitutionnalité. L'incompétence négative permet, en conséquence, de répartir les compétences normatives. À ce titre, le législateur encourt une censure.

Section 2 : La carence du législateur encourant une censure pour incompétence négative

Le silence du législateur, bien que constaté par le Conseil constitutionnel, n'est pas pour autant systématiquement sanctionné. En effet, la Haute instance, en tant que juge électoral, a estimé que, dans certaines circonstances, le pouvoir réglementaire devait suppléer à la carence du législateur. Plus précisément, à l'occasion de la décision n° 2000-26 REF du

[677] Considérant 18 de la décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000.
[678] Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, *Journal officiel* du 12 avril 2003, p. 6493.
[679] Loi n° 2003-1201 du 18 décembre 2003 relative à la parité entre hommes et femmes sur les listes de candidats à l'élection des membres de l'Assemblée de Corse, *Journal officiel* n°293 du 19 décembre 2003 p. 21678.

6 septembre 2000[680], un requérant demandait l'annulation d'un décret[681]. Selon lui, seul le législateur était compétent pour garantir les droits civiques en vertu de l'article 34 de la Constitution. Le juge électoral admet que « c'est au pouvoir réglementaire, dès lors que manquent les dispositions législatives nécessaires, qu'il incombe de fixer les modalités d'exécution de la décision par laquelle le Président de la République, faisant usage de ses prérogatives constitutionnelles, soumet un texte au référendum (…) ; qu'il appartient ainsi au pouvoir réglementaire de rendre applicables, avec les adaptations justifiées par ce type de consultation, les dispositions législatives et réglementaires régissant d'autres consultations électorales »[682]. Le manquement du législateur est donc clairement identifié par le Conseil constitutionnel[683]. Cependant, il autorise le pouvoir réglementaire à édicter les textes nécessaires en vue de corriger l'abstention du législateur[684]. En somme, même si le législateur est resté en deçà de sa compétence, le Conseil constitutionnel tolère ici son insuffisance alors même que le juge de la répartition des compétences normatives n'est pas saisi.

Dans certaines hypothèses[685], comme dans l'exemple précité, le Conseil constitutionnel accepte de contrôler les actes préparatoires aux élections et au référendum. De la sorte, il peut annuler un décret préalable à la tenue d'un scrutin. Néanmoins, ici, il refuse d'admettre que le décret a empiété sur le domaine de la loi car son annulation n'aurait pas permis la tenue du référendum. La censure du décret sur ce fondement aurait, en effet, empêché d'organiser la consultation jusqu'à ce que le législateur intervienne.

Cette tolérance du Conseil constitutionnel est rare. Dans l'exercice de l'office du juge de la constitutionnalité, ce moyen externe de contrôle de constitutionnalité[686] figure dans de

[680] Décision n° 2000-26 REF du 6 septembre 2000, Décision du 6 septembre 2000 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE, *Journal officiel* du 9 septembre 2000, p. 14164.
[681] Décret n°2000-666 du 18 juillet 2000 portant organisation du référendum, *Journal officiel* n°165 du 19 juillet 2000, p. 11069.
[682] Considérant 7 de la décision n° 2000-26 REF du 6 septembre 2000.
[683] Elle est d'ailleurs réaffirmée quelques jours plus tard dans ses observations formulées à l'issue du référendum : décision n° 2000-30 REF du 28 septembre 2000, Observations du Conseil constitutionnel sur le référendum, *Journal officiel* du 30 septembre 2000, p. 15476.
[684] A.-M. Le Pourhiet, « Question prioritaire de constitutionnalité, démocratie et séparation des pouvoirs », *Constitutions*, 2011, p. 47.
[685] Le considérant de principe conditionnant cette compétence prévoit : « qu'en vertu de la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires qui lui est conférée par l'article 60 de la Constitution, il appartient au Conseil constitutionnel de statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics », considérant 4 de la décision n° 2000-26 REF du 6 septembre 2000.
[686] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit*., p. 285.

nombreuses décisions DC et QPC[687], tantôt invoqué par les autorités de saisine, tantôt soulevé d'office par le juge. Lorsque le Conseil les soulève d'office, il cherche « à défendre ce qui lui paraît inaliénable dans la compétence législative en vertu de la tradition républicaine, et au sein de celle-ci la matière des droits fondamentaux est privilégiée »[688]. Le juge de la constitutionnalité est donc attaché à purger les lois du vice d'incompétence négative (§1). D'ailleurs, il admet également un tel moyen dans le cadre de la QPC. Depuis la décision de 2010[689], environ vingt décisions QPC censurant une disposition législative pour incompétence négative sont recensées (§2).

§1 : L'inventivité du juge de la constitutionnalité pour purger les lois du vice d'incompétence négative

Le juge de la constitutionnalité fait preuve d'inventivité pour que le législateur exerce la totalité de sa compétence. En effet, il va jusqu'à privilégier le moyen d'incompétence négative face à l'obligation constitutionnelle de transposition des directives européennes (A). Il utilise en outre la distinction « mise en cause / mise en œuvre » pour déterminer si une matière relève du domaine de la loi ou de celui du règlement (B).

A. L'incompétence négative préférée à l'exigence de transposition des directives européennes

Le Conseil constitutionnel est particulièrement attaché au moyen d'incompétence négative. En effet, les autorités de saisine l'invoquent fréquemment dans l'espoir d'obtenir satisfaction. Ce moyen est recensé dans quarante-neuf décisions DC portant sur des lois ordinaires[690]. Ce moyen est privilégié face à l'exigence de transposition d'une directive. Le législateur est contraint de respecter la compétence que lui confie la Constitution au détriment du droit de l'Union européenne. En effet, le juge de la constitutionnalité sanctionne l'incompétence

[687] Le site du Conseil constitutionnel recense 51 décisions DC relatives au contrôle d'une loi ordinaire et 49 décisions QPC contenant l'expression « incompétence négative ».
[688] F. Priet, « L'incompétence négative du législateur », art. cité, p. 83.
[689] Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC KIMBERLY CLARK.
[690] La première décision relative à une loi ordinaire à l'occasion de laquelle le terme « incompétence négative » apparaît est la décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, *Journal officiel* du 25 avril 1997, p. 6271. La dernière en date est la décision n° 2018-772 DC du 15 novembre 2018, Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, *Journal officiel* n° 0272 du 24 novembre 2018, texte n° 2.

négative dans le cas où il s'agit de transposer une directive en droit interne : la transposition doit être respectueuse de la répartition des compétences normatives.

En vertu de l'article 288, alinéa 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne : « la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». En d'autres termes, la transposition est une obligation pesant sur les États membres de l'Union Européenne[691]. La directive est un procédé de législation communautaire pris selon une procédure législative normale par le Conseil ou conjointement avec le Parlement[692]. Si la transposition est obligatoire, l'État dispose le plus souvent d'une marge de manœuvre : il peut prendre toutes les mesures lui permettant d'atteindre l'objectif fixé par la directive. Toutefois, bien que la transposition soit une nécessité, le juge national admet l'effet direct d'une directive communautaire[693] dès lors que cette dernière, non transposée à temps, est précise et inconditionnelle[694]. Chaque directive est assortie d'un délai laissant à ses destinataires le soin de les transposer[695].

Le Conseil constitutionnel a opté pour une interprétation constructive de l'article 88-1 de la Constitution[696]. En effet, à l'occasion de sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004[697], le juge de la constitutionnalité a érigé au rang d'exigence constitutionnelle la transposition d'une directive en droit interne[698]. Le même considérant a été repris par la suite dans de

[691] CE, *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national*, Les études du Conseil d'État, La documentation française, 2007.
[692] C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6ème édition, Lexisnexis, 2016, p. 620.
[693] CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348.
[694] Extrait de l'arrêt CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux* : « qu'en outre, tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires ».
[695] J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 2010, p. 197.
[696] « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».
[697] Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, *Journal officiel* du 22 juin 2004, p. 11182, texte n° 3.
[698] Considérant 7 de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 : « considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : " La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences " ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne ».

nombreuses décisions[699]. Pour autant, le contrôle de constitutionnalité de la loi de transposition est longtemps resté obscur.

Une avancée a été réalisée le 30 mars 2006[700] : le juge refuse de contrôler la compatibilité d'une loi avec une directive qu'elle n'a pas vocation à transposer[701]. *A contrario*, ceci signifie que le juge de la constitutionnalité s'autoriserait à contrôler une loi de transposition vis-à-vis d'une directive qu'elle transpose. Cette nouvelle jurisprudence, dans la continuité de celle de 2004, « ouvre potentiellement la voie à l'intégration du droit communautaire dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois »[702].

À l'été 2006[703], le Conseil constitutionnel est plus audacieux encore : en plus de vérifier que l'exigence constitutionnelle, à savoir la transposition, n'est pas méconnue, il examine si « la transposition d'une directive ne [va pas] à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti » d'une part et si la disposition législative est « manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer » d'autre part. En effet, ne pouvant saisir la Cour de justice des communautés européennes d'une question préjudicielle, eu égard au délai auquel le juge de la constitutionnalité est soumis pour statuer, il contrôle *a priori* la conformité manifeste de la loi au regard de la directive. Cependant, il précise, dans le même temps, qu'il incombe aux juridictions nationales de saisir ladite Cour à titre préjudiciel. Cette jurisprudence définit les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel entend effectuer un contrôle des lois de

[699] Décision n° 2004-497 DC du 1 juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, *Journal officiel* du 10 juillet 2004, p. 12506, texte n° 2, cons. 18 ; Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique, *Journal officiel* du 7 août 2004, p. 14077, texte n° 3, cons. 4 ; Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *Journal officiel* du 7 août 2004, p. 14087, texte n° 9, cons. 7.

[700] Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, *Journal officiel* du 2 avril 2006, p. 4964, texte n° 2.

[701] Considérant 28 : « considérant, d'autre part, qu'aux termes du premier alinéa de l'article 88-1 de la Constitution : " La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences " ; que, si la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une directive communautaire qu'elle n'a pas pour objet de transposer en droit interne ; qu'ainsi, le grief tiré de la violation de la directive susvisée du 27 novembre 2000 doit être écarté ».

[702] X. Magnon, « Primauté du droit communautaire - La singularisation attendue du droit communautaire au sein de la jurisprudence IVG. Brèves réflexions sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, CPE », *Europe*, n° 6, 2006, p. 5.

[703] Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *Journal officiel* du 3 août 2006, p. 11541, texte n° 2.

transposition[704]. La loi interne de transposition ne doit pas méconnaître l'identité constitutionnelle de la France ni être manifestement contraire à la directive communautaire qu'elle transpose. Sinon, le Conseil constitutionnel s'autorise à censurer ladite loi sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution, « pierre angulaire de sa construction jurisprudentielle »[705]. Cette jurisprudence est néanmoins à relativiser car la notion de règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France est obscure. Il s'agirait, au travers de cette formulation, d'éviter les conflits d'ordre juridique interne et européen et permettre la coexistence entre ceux-ci[706].

La jurisprudence du Conseil constitutionnel s'enrichit à nouveau avec la décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006[707] qui censure partiellement, pour la première fois, une loi de transposition au motif qu'elle est incompatible avec la directive communautaire dont elle doit pourtant assurer la transposition. Ce mouvement jurisprudentiel, inauguré en 2004, renforce les pouvoirs du juge de la constitutionnalité, désormais juge de l'incompatibilité flagrante d'une loi de transposition[708].

Malgré les évolutions jurisprudentielles liées au droit de l'Union européenne, le juge de la constitutionnalité a la volonté d'assurer la protection du domaine de la loi. En effet, la transposition ne peut en aucun cas méconnaître la répartition des compétences normatives. Attaché à cette règle, alors qu'il ne s'agit pas de l'objectif recherché dans le cadre de cet office, le Conseil empiète sur l'office du juge de la répartition des compétences normatives y compris lorsqu'il s'agit de contrôler la constitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive. La décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008[709] en est une parfaite illustration. Bien qu'il admette que la transposition en droit interne d'une directive résulte d'une exigence constitutionnelle, le Conseil estime que la répartition des compétences normatives ne doit pas pour autant être méconnue. « Cette exigence n'a pas pour effet de porter atteinte à la répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement telle qu'elle est déterminée par la

[704] D. Simon, « L'obscure clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, n° 10, 2006, p. 2.
[705] A. Levade, « Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *RFDA*, 2007, p. 564.
[706] E. Dubout et B. Nabli, *Droit français de l'intégration européenne*, LGDJ, 2015, p. 164.
[707] Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, *Journal officiel* du 8 décembre 2006, p. 18544, texte n° 2.
[708] J.-P. Kovar, « Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel - (Cons. const., déc. n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, loi relative au secteur de l'énergie) », *Europe*, n° 2, 2007, p. 4.
[709] Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, *Journal officiel* du 26 juin 2008, p. 10228, texte n° 3.

Constitution »[710]. Ainsi, même si la transposition en droit interne apparaît conforme à la Constitution, le juge sanctionne le législateur laissant le pouvoir réglementaire transposer une directive. En effet, ceci ne doit relever que du domaine de la loi. Sans être assimilée à l'identité constitutionnelle de la France, la répartition des compétences normatives bénéficie d'une position avantageuse[711]. Le domaine de la loi est donc une fois de plus préservé par le juge de la constitutionnalité qui le concilie avec les exigences du droit de l'Union européenne. Il considère ainsi comme étant inconstitutionnelle la disposition législative qui précise que « la liste des informations qui ne peuvent en aucun cas rester confidentielles est fixée par décret en Conseil d'État »[712]. Le législateur a fait preuve d'incompétence négative. Au regard de cette inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel est « face à un dilemme : faire respecter la répartition des compétences telle qu'elle est prévue par la Constitution ou l'exigence constitutionnelle de transposition des directives communautaires »[713]. Décidant de moduler les effets de sa décision, il a explicitement opté pour la répartition des compétences puisqu'il laisse le temps au législateur de remédier à la méconnaissance de l'étendue de sa compétence, alors même que c'est l'office du juge de la constitutionnalité qui est saisi en l'espèce. Par conséquent, l'inconstitutionnalité résulte ici d'une violation de la répartition des compétences et non de la méconnaissance de l'exigence de transposition[714]. Le domaine de la loi est donc privilégié face à l'exigence de transposition des directives. L'utilisation de la technique « mise en cause / mise en œuvre » est également symptomatique de la volonté du Conseil de purger les lois du vice d'incompétence négative.

[710] Considérant 53 de la décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008.
[711] A. Levade, « La décision OGM ou les implicites d'une décision à lire dans son environnement », *JCP G*, n° 30, 2008, p. 37.
[712] L'article 11 de la loi n° 2008-595 du 25 juin 2008, relative aux organismes génétiquement modifiés publiée au *Journal officiel* n°0148 du 26 juin 2008 p. 10218, insère l'article L. 532-4-1 au code de l'environnement, dont un alinéa ainsi rédigé.
[713] A. Roblot-Troizier et T. Rambaud, « L'environnement au cœur des évolutions du contentieux constitutionnel. Chronique de jurisprudence. » *RFDA*, 2008, p. 1237.
[714] A. Levade, « Décision OGM : l'inconstitutionnalité différée », *Constitutions*, 2010, p. 56.

B. La distinction « mise en cause/mise en œuvre » au service de l'incompétence négative

La distinction « mise en cause-mise en œuvre » est un outil de distribution normative[715], voire « de définition de la compétence réglementaire »[716] utilisée tant par le juge de la répartition des compétences normatives que par le juge de la constitutionnalité.

La première application en a été faite par le juge assurant la répartition des compétences normatives dans la décision du 27 novembre 1959[717]: « les dispositions de l'article 34, 4° alinéa, de la Constitution réservent à la loi la détermination des principes fondamentaux concernant les matières énumérées par ce texte, qu'il résulte des termes mêmes de ces dispositions et du rapprochement qui doit en être fait avec ceux des alinéas 2 et 3 du même article que la Constitution n'a pas inclus dans le domaine de la loi la fixation des règles nécessaires à la mise en œuvre de ces principes fondamentaux dans les matières dont il s'agit, qu'en vertu des dispositions de l'article 37 il appartient à la seule autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter ces règles dans le respect desdits principes fondamentaux »[718]. Ainsi, les règles nécessaires à la mise en œuvre des principes fondamentaux sont du domaine réglementaire. En revanche, l'édiction des principes fondamentaux relève du domaine législatif[719]. De façon manichéenne, ce qui est important relève du législateur, c'est la mise en cause, alors que les règles moins importantes sont du domaine règlementaire, il s'agit de la mise en œuvre[720]. En tant que juge de la répartition des compétences normatives[721], le Conseil constitutionnel a donc élaboré une jurisprudence lui permettant aisément de distinguer les matières du domaine réglementaire de celles appartenant au domaine législatif. Pour autant, la distinction est subtile[722] car la frontière est fluctuante[723], ce qui laisse d'autant plus de marge de liberté au Conseil constitutionnel.

---

[715] J. Tremeau, *La réserve de loi*, *op. cit*., p. 335.
[716] É. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, Initiative législative et Constitution*, *op. cit*., p. 313.
[717] Décision n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959, Proposition de loi déposée par MM. BAJEUX et BOULANGER, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages (et à abroger le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme), *Journal officiel* du 14 janvier 1960, p. 441.
[718] Considérant 1 de la décision n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959.
[719] A. Haquet, *La loi et le règlement*, LGDJ, 2007, p. 90.
[720] J. Rivero, « Rapport de synthèse », *in Le domaine de la loi et du règlement*, *op. cit*., p. 264.
[721] Décision n° 60-5 L du 7 avril 1960, Nature juridique de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 et de l'article 2 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 portant loi de finances rectificative pour 1959, *Journal officiel* du 29 avril 1960, p. 3958.
[722] P. Le Mire, *La loi et le règlement : articles 34, 37 et 38 de la Constitution de 1958*, Documents d'études n°1.08, La documentation Française, 1994, p. 13.
[723] Selon P.-Y. Gadhoun : « la frontière entre le domaine de la mise en cause et le domaine de la mise en œuvre reste flottante, subjective, incertaine, mais cette incertitude offre justement une marge de manœuvre au Conseil

Le Conseil constitutionnel statuant dans le cadre de l'article 61, alinéas 1 et 2 de la Constitution recourt également à cette technique depuis 1975[724]. À cette époque, le couple « mise en cause-mise en œuvre » est utilisé pour déterminer si le législateur fait preuve d'incompétence négative[725] mais ce n'est pas précisément le partage des compétences des articles 34 et 37 de la Constitution qui est visé. En effet, le juge de la constitutionnalité estime que le législateur laisse le choix au président de la juridiction de décider que l'affaire soit jugée par un juge unique ou par une formation collégiale. La disposition litigieuse met en cause un principe fondamental, à savoir le principe d'égalité devant la justice inclus dans le principe d'égalité devant la loi consacré dans la DDHC et le Préambule de la Constitution de 1958. En l'espèce, l'imprécision du législateur, source d'incompétence négative, a été identifiée grâce à cette technique « mise en cause / mise en œuvre ». Le législateur laissait une marge de manœuvre importante à une autorité juridictionnelle.

Progressivement, cet outil a été utilisé dans le cadre du partage des compétences car cette association « mise en cause / mise en œuvre » permet de déterminer ce qui relève du pouvoir législatif et ce qui relève du domaine réglementaire. Ainsi, le juge de la constitutionnalité contrôle la marge de manœuvre que le législateur a laissée au pouvoir réglementaire. Il vérifie que ce dernier ne fait que mettre en œuvre les dispositions éditées par le législateur[726]. Régulièrement, le juge de la constitutionnalité recourt à ce double concept afin de déterminer si le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence : en fonction de son analyse, il rejette ou censure la disposition législative. La décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990[727] l'illustre : le juge admet que s'il revient au législateur de déterminer les principes fondamentaux relatifs à la sécurité sociale et notamment celui selon lequel le tarif des honoraires médicaux pour les soins délivrés aux assurés sociaux est fixé par voie de convention passée avec les praticiens ou leurs organisations, en revanche il « ressortit à la compétence du pouvoir réglementaire, la détermination des modalités de mise en œuvre des principes fondamentaux posés par le législateur »[728].

---

que le critère des « éléments quantitatifs » ne permet pas. » *cf.* « Notes sous la décision n° 2015-257 L du 14 août 2015 », *NCCC*, n° 50, 2016, p. 133.

[724] Décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale, *Journal officiel* du 24 juillet 1975, p. 7533.

[725] J. Garcia, *Les incompétences négatives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 385.

[726] J. Tremeau, *La réserve de loi*, *op. cit*., p. 335.

[727] Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, *Journal officiel* du 24 janvier 1990, p. 972.

[728] Considérant 20 de la décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990.

Plus récemment, il a jugé explicitement que la déontologie, la procédure et les sanctions disciplinaires applicables à une profession relevaient de la compétence réglementaire car « ne sont mis en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi »[729]. Aussi, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité *a priori* de la loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt[730], les députés contestaient « les critères selon lesquels les majorations d'aide publique sont attribuées »[731]. Ils estimaient que le silence du législateur à leur propos était source d'imprécision, donc entachait la loi du vice d'incompétence négative. Ce n'est pas ce que décide le juge de la constitutionnalité qui considère que les critères d'attribution des aides publiques « ne met[tent] en cause aucun des principes fondamentaux ou règles que la Constitution place dans le domaine de la loi » [732]. Ainsi, selon lui, le législateur n'a pas fait preuve d'imprécision. Implicitement, la compétence du pouvoir réglementaire est reconnue.

De plus, la fixation des modalités de mise en œuvre des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales appartient au pouvoir réglementaire, tout comme « la définition des projets d'intérêt général [qui] ne met pas davantage en cause ces principes »[733]. En revanche, les principes fondamentaux de la préservation de l'environnement relèvent du domaine de la loi : si le législateur habilite une autorité à les mettre en cause, il méconnaît sa compétence[734].

Pour déterminer le partage des compétences entre loi et règlement, la position du Conseil constitutionnel pourrait se résumer à une question : « la mesure projetée entre-t-elle dans le domaine législatif ou met-elle en cause un principe constitutionnel, auquel cas la compétence réglementaire est exclue ? La jurisprudence est constante sur ce point, qu'il s'agisse d'une demande de déclassement ou d'une décision de constitutionnalité »[735]. Le juge de la constitutionnalité se comporte ainsi en juge de la répartition des compétences normatives : il

[729] Décision n° 2011-171/178 QPC du 29 septembre 2011, M. Michael C. et autre [Renvoi au décret pour fixer certaines dispositions relatives à l'exercice de la profession d'avocat], *Journal officiel* du 30 septembre 2011, p. 16471, texte n° 67, Cons. 5.
[730] Loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt publiée au *Journal officiel* n°0238 du 14 octobre 2014, p. 16601.
[731] Considérant 4 de la décision n° 2014-701 DC du 9 octobre 2014, Loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt, *Journal officiel* n° 0238 du 14 octobre 2014 p. 16656, texte n° 2.
[732] Considérant 8 de la décision n° 2014-701 DC du 9 octobre 2014.
[733] Décision n° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011, SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autre [Projet d'intérêt général], *Journal officiel* du 29 janvier 2011, p. 1896, texte n° 84, cons. 4 et 5.
[734] Décision n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014, Fédération environnement durable et autres [Schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie - Schéma régional éolien], *Journal officiel* du 10 mai 2014, p. 7874, texte n° 79.
[735] A. Vidal-Naquet, *"Les garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Édition Panthéon-Assas, 2007, p. 51.

cherche à assurer un partage des compétences grâce à cette technique utilisée notamment lorsque le moyen d'incompétence négative est soulevé. Le couple « mise en cause-mise en œuvre » permet de déterminer « en profondeur » [736] le partage des attributions entre le législateur et le pouvoir réglementaire. Le moyen d'incompétence négative est également utilisé dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* : la répartition des compétences normatives apparaît dans un mécanisme visant à garantir la protection des droits et libertés constitutionnels.

§2 : L'incompétence négative identifiée lors d'une QPC

L'incompétence négative aboutit à la censure dans dix-neuf décisions QPC du Conseil constitutionnel. Ainsi, il est enjoint au législateur d'épuiser sa compétence en vue de protéger les droits et libertés (A). Pour autant, le Conseil peut tolérer, pour un temps déterminé, cette inconstitutionnalité. Ainsi, il en reporte l'abrogation (B). L'objectif est de laisser du temps au législateur pour intervenir d'une part et d'éviter un vide juridique provoqué par la censure d'autre part.

A. L'épuisement de la compétence du législateur au service de la protection des droits et libertés

Même lorsque l'incompétence négative est soulevée dans le cadre d'une QPC, elle reste un mécanisme de répartition des compétences normatives. L'incompétence négative ne constitue pas une atteinte aux droits et libertés en tant que telle[737]. En effet, le moyen d'incompétence négative, soulevé par les requérants, doit provoquer une violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnel : il s'agit d'une condition indispensable (1). Pour autant, dans plusieurs décisions QPC, le juge de la constitutionnalité censure l'habilitation du législateur confiée au pouvoir réglementaire en ce qu'elle viole un droit ou une liberté que la Constitution garantit. En ce sens, la méconnaissance du partage des compétences est sanctionnée car la délégation est source d'arbitraire (2).

[736] L. Favoreu « Les règlements autonomes n'existent pas », art. cité, p. 878.
[737] A.-C. Bezzina, *Les questions et moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 402.

1. La nécessité de prouver l'atteinte aux droits et libertés constitutionnels

La carence du législateur est sanctionnée dans le cadre d'une QPC seulement parce qu'elle est susceptible d'affecter un droit ou une liberté que la Constitution garantit. « Seule sera sanctionnée l'incompétence négative qui affaiblit la protection légale de ces droits ou libertés »[738].

Lors des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle de 2008, la question de savoir si le moyen d'incompétence négative pouvait prospérer lors d'une QPC avait été soulevée. Dans son rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V[ème] République, Jean-Luc Warsmann avait précisé qu'il n'était pas « question de juger d'une loi dans son aspect procédural ou au regard de la compétence de son auteur » [739]. En d'autres termes, l'accent est mis sur l'objectif recherché de l'incompétence négative : le partage de compétences.

Jean-Claude Colliard, entendu[740] par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République en vue de l'adoption du projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution[741], s'était également interrogé à propos de l'incompétence négative[742]. Il avait admis que « même s'il est toujours possible de soutenir philosophiquement que l'absence de loi aussi peut commander l'issue d'un litige, j'ai du mal à imaginer que soit adressée au juge une demande de censure d'une loi qui n'existe pas »[743]. En somme, selon cet ancien membre du Conseil constitutionnel, sanctionner la méconnaissance par le législateur de sa compétence, dans le cadre d'une QPC, serait absurde puisque le texte fait défaut.

---

[738] Ch-E. Sénac, « Chronique sous Cons. const., 18 juin 2012, n° 2012-254 QPC : Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO (Régimes spéciaux de sécurité sociale) », *in* D. Rousseau (dir.), « Chronique de jurisprudence - Question prioritaire de constitutionnalité », *GP*, n°297, 2012, p. 22.

[739] Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet constitutionnelle n° 820 de modernisation des institutions de la V[ème] République, 15 mai 2008, p. 437.

[740] Compte rendu n° 58, Séance du 23 juin 2009 de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

[741] Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution n°1599, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 avril 2009.

[742] J.-C. Colliard s'interrogeait : « la rédaction du texte permettra-t-elle d'invoquer une incompétence négative du législateur à l'appui d'une question de constitutionnalité ? », Compte rendu n° 58, Séance du 23 juin 2009 de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

[743] Compte rendu n° 58, Séance du 23 juin 2009 de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

Néanmoins, pour d'autres, à l'instar de François Priet, l'instauration d'un « contrôle par voie d'exception serait de nature à éradiquer plus complètement l'automutilation à laquelle procède le pouvoir législatif »[744]. De cette façon, utiliser l'incompétence négative lors du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* permettrait de contraindre davantage le législateur à légiférer.

Le Conseil constitutionnel a finalement tranché cette question à l'occasion de sa cinquième décision QPC[745]. Il a accepté de sanctionner l'incompétence négative dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Toutefois, la carence du législateur doit être assortie d'une condition essentielle : « cette méconnaissance [doit] affecte[r] par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit »[746]. De la sorte, deux vices d'inconstitutionnalité apparaissent. En effet, « de la violation par le législateur de sa propre compétence, découle une violation des droits fondamentaux. En d'autres termes, un vice d'inconstitutionnalité en cache un autre. Les deux vices d'inconstitutionnalité sont ainsi distingués pour être aussitôt confondus »[747]. L'incompétence négative, bien que constituant un vice d'inconstitutionnalité dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, est donc traitée différemment lors du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Elle est subordonnée à l'atteinte aux droits et libertés constitutionnels.

Dans la première décision QPC soulevant le moyen d'incompétence négative, les requérants contestaient le renvoi qu'opérait le législateur au pouvoir réglementaire pour « fixer les délais dans lesquels doivent être opérées les déductions de taxe sur la valeur ajoutée »[748]. En ce sens, l'excès d'habilitation était donc invoqué. Toutefois, le Conseil constitutionnel ne censure pas la disposition car le deuxième vice d'inconstitutionnalité fait défaut[749]. Dès lors, même si le législateur est resté en deçà de sa compétence, le juge de la constitutionnalité, statuant

[744] F. Priet, « L'incompétence négative du législateur », art. cité, p. 85.
[745] Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC KIMBERLY CLARK.
[746] Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO [Régimes spéciaux de sécurité sociale], *Journal officiel* du 19 juin 2012, p. 10179, texte n° 58.
Expression rappelée récemment à l'occasion de la décision n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019, Société Magenta Discount et autre [Contrôle des prix et des marges en Nouvelle-Calédonie], *Journal officiel* n°0088 du 13 avril 2019 texte n° 58, cons. 14.
[747] P. Rrapi, « "L'incompétence négative" dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *CCC*, n°34, 2012, p. 166.
[748] Considérant 2 de la décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC KIMBERLY CLARK.
[749] En ce sens, J. Arrighi de Casanova estime que le point essentiel réside dans l'atteinte aux droits et libertés constitutionnels : « si le Parlement a procédé à un trop large renvoi, invitant, ce faisant, le Gouvernement à compléter la loi par des règles qui auraient dû y figurer, l'important n'est-il pas en définitive, de vérifier si ces règles ne méconnaissent pas elles-mêmes les droits et libertés garantis par la Constitution ? », *in* « Quel avenir pour la jurisprudence Kimberly Clark ? », *NCCC*, n° 46, 2015, p. 29.

a posteriori, ne censure pas systématiquement : une violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnel est indispensable.

Cette condition prouve que le juge de la constitutionnalité ne sanctionne pas nécessairement la carence du législateur. Il tend en effet à rester cohérent avec la raison pour laquelle il est saisi, à savoir la garantie des droits et libertés constitutionnels. D'ailleurs, d'après Jonathan Garcia, un nouveau cycle du contrôle des incompétences négatives[750] a commencé. L'extension du domaine de la loi oblige le législateur à intervenir dans les matières concernant les droits et libertés. De la sorte, l'incompétence négative trouve un nouveau souffle dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Toutefois, si « l'incompétence négative du législateur dépasse la simple question de répartition des compétences entre domaines de la loi et du règlement »[751], elle en reste néanmoins l'une des raisons essentielles : le juge de la constitutionnalité admet que la délégation législative est source d'arbitraire.

2. *La délégation législative censurée : la volonté d'imposer le respect des compétences normatives*

L'incompétence négative, même lors du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, reste un mécanisme de répartition des compétences normatives. Le refus du juge de la constitutionnalité d'accueillir favorablement le moyen d'incompétence négative à l'encontre d'une loi antérieure à 1958[752] le prouve. Le Conseil estime en effet qu'il n'est pas possible de reprocher au législateur « d'avoir méconnu une règle de compétence qui n'existait pas »[753] lors de l'adoption de la loi. Certes, avant 1958, le domaine de la loi n'étant pas limité, chaque matière relevait du législateur. Néanmoins, il pourrait y avoir carence du législateur[754]. Cette décision prouve que l'incompétence négative est un outil au service de la répartition des compétences normatives fixée par la Constitution de 1958. De la sorte, le moyen d'incompétence négative, retenu

[750] J. Garcia, *Les incompétences négatives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 231.
[751] D. Fallon, « Les vicissitudes de l'incompétence négative en QPC », art. cité, p. 241.
[752] Décision n° 2010-28 QPC du 17 septembre 2010, Association Sportive Football Club de Metz [Taxe sur les salaires], *Journal officiel* du 18 septembre 2010, p. 16953, texte n° 56.
Cf. P. Estanguet, « L'application dans le temps des normes constitutionnelles : pour une modernisation de la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2019, p. 163.
[753] « Commentaire de la décision n° 2016-595 QPC du 18 novembre 2016 », p. 10, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2016595qpc/2016595qpc_ccc.pdf.
[754] Voir sur ce point J. Roux, « QPC et contrôle de caducité des dispositions législatives incompatibles avec une norme constitutionnelle postérieure », *JCP G*, n° 51, 2010, p. 2396.

uniquement pour les lois adoptées après 1958, doit affecter un droit ou une liberté pour être recevable.

De plus, selon Patricia Rrapi, la délégation opérée par le législateur dans des matières qui sont en réalité la réserve de loi constitue une source d'arbitraire[755]. Ainsi, le problème n'est pas celui du renvoi mais du champ d'action laissé au pouvoir réglementaire. En d'autres termes, la carence du législateur porte indirectement atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis. De la sorte, le pouvoir réglementaire doit être encadré par le législateur. Sinon, dans l'hypothèse où une vaste marge d'intervention est laissée au pouvoir réglementaire, une censure est encourue. Ainsi, le juge de la constitutionnalité sanctionne davantage la mauvaise répartition des compétences normatives plutôt que l'atteinte aux droits et libertés susceptible d'être commise par l'autorité infra-législative. En effet, la « compétence du législateur est considérée comme une garantie contre l'arbitraire administratif, comme une garantie pour les droits et libertés, un manquement du législateur à l'exercice de sa compétence est une inconstitutionnalité de procédure qui porte atteinte aux droits et libertés »[756].

À titre d'illustration, le juge de la constitutionnalité sanctionne le renvoi excessif au pouvoir réglementaire dans la mise en œuvre de la participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement[757]. Selon le Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 7 de la Charte de l'environnement « figurent au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit »[758]. Or, c'est la délégation du législateur qui est davantage sanctionné ici.

De la même façon, le législateur est sanctionné s'il autorise le pouvoir réglementaire à déroger à la loi afin d'établir la liste des « entreprises publiques » devant se soumettre à l'obligation d'instituer un dispositif de participation des salariés aux résultats de l'entreprise[759]. Ainsi, le juge de la constitutionnalité exige du législateur qu'il respecte la répartition constitutionnelle des compétences normatives. Certes, cette carence du législateur affecte la liberté d'entreprendre, résultant de l'article 4 de la DDHC de 1789. Mais le juge de la constitutionnalité insiste davantage sur la méconnaissance par le législateur du partage des

[755] P. Rrapi, « "L'incompétence négative" dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », art. cité, p. 167.
[756] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit*., p. 264.
[757] Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, M. Antoine de M. [Classement et déclassement de sites], *Journal officiel* du 24 novembre 2012, p. 18547, texte n° 91, cons. 26 et 27.
[758] Considérant 24 de la décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012.
[759] Décision n° 2013-336 QPC du 1 août 2013, Société Natixis Asset Management [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques], *Journal officiel* du 4 août 2013 p. 13317, texte n° 47, cons. 18.

compétences normatives : il a « conféré au pouvoir réglementaire la compétence pour modifier le champ d'application de la loi »[760].

En outre, le Conseil constitutionnel utilise la notion de « garanties légales des exigences constitutionnelles » pour sanctionner la délégation excessive du législateur au pouvoir réglementaire. La méconnaissance des garanties légales des exigences constitutionnelles est « une forme spécifique de l'incompétence négative »[761]. La première décision du juge de la constitutionalité en la matière date de 1984[762] et, depuis lors, un considérant de principe a été adopté : s'il « est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; (…) il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »[763]. La jurisprudence relative aux garanties légales des exigences constitutionnelles consiste à veiller au bon exercice de la compétence du législateur, à savoir « l'appréciation du contenu des règles », « le niveau de garanties accordées » ou encore « la manière d'assurer cette effectivité »[764]. Ainsi, le législateur ne doit pas déléguer au pouvoir réglementaire notamment l'encadrement des « conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés ». En raison de cette habilitation, il n'existe pas de disposition législative qui « institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à l'article 11 de la Déclaration de 1789 »[765]. Le juge de la constitutionnalité censure donc la disposition législative contestée. De la même façon, le législateur est resté en deçà de sa compétence lorsqu'il confie au pouvoir réglementaire le soin de fixer les conditions dans lesquelles sont garantis les droits des personnes détenues, dont « notamment les principes de l'organisation de la vie en détention, de la surveillance des détenus

[760] Considérant 18 de la décision n° 2013-336 QPC du 1 août 2013.
[761] A. Vidal-Naquet, *« Les garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 82.
[762] Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, Loi relative à l'enseignement supérieur, *Journal officiel* du 21 janvier 1984, p. 365.
[763] Par exemple, décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006, *Journal officiel* du 31 décembre 2005, p. 20705, texte n° 3, cons. 45 ; décision n° 2007-550 DC du 27 février 2007, Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, *Journal officiel* du 7 mars 2007, p. 4368, texte n° 21, cons. 4 ; ou encore décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, *Journal officiel* du 24 décembre 2013 p. 21069, texte n° 4, cons. 14. Aussi, un considérant semblable a été retenu : « qu'en particulier, il lui est à tout moment loisible, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; » dans les décisions n° 2003-483 DC du 14 août 2003, Loi portant réforme des retraites, *Journal officiel* du 22 août 2003, p. 14343, cons. 7 ; Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010, *Journal officiel* du 31 décembre 2009, p. 22995, texte n° 3, cons. 101.
[764] A. Vidal-Naquet, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., pp. 86 à 92.
[765] Considérant 6 de la décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *M. Mathieu P*. [Noms de domaine Internet], *Journal officiel* du 7 octobre 2010, p. 18156, texte n° 53.

et de leurs relations avec l'extérieur »[766]. En somme, le « le législateur (…) [a] priv[é] de garanties légales l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis dont bénéficient les détenus dans les limites inhérentes à la détention »[767].

Si la jurisprudence relative aux garanties légales des exigences constitutionnelles assure la protection des droits et libertés, elle constitue surtout un moyen d'exiger l'intervention du législateur. Ainsi, le pouvoir réglementaire ne peut se substituer au législateur : seul le législateur peut édicter les modalités de mise en œuvre de certaines dispositions constitutionnelles[768]. Cela permet certes d'assurer une meilleure protection des droits et libertés mais cette jurisprudence contraint également le législateur à exercer pleinement sa compétence.

Le juge de la constitutionnalité exige ainsi du législateur qu'il épuise la totalité de sa compétence. Utilisée dans le cadre des contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori*, l'incompétence négative constitue un moyen pour le Conseil d'exiger le respect du partage des compétences normatives. Le domaine dévolu au Parlement est particulièrement défendu par le juge de la constitutionnalité. La censure pour incompétence négative n'est, pour autant, pas toujours assortie d'une abrogation immédiate.

B. La modulation dans le temps des effets d'une censure pour imprécision du législateur

Le Conseil constitutionnel module dans le temps les effets de ses décisions. Le juge de la constitutionnalité statuant *a priori* a fait sienne cette méthode inaugurée par la Cour de justice de l'Union européenne[769], reprise par le Conseil d'État dans un arrêt *AC !* [770] et suivie par la

[766] Considérant 6 de la décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014, *M. Angelo R.* [Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires], *Journal officiel* du 27 avril 2014 p. 7362, texte n° 22.
[767] Considérant 7 de la décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014, *M. Angelo R.*
[768] Voir en ce sens : A. Roblot-Troizier, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, p. 80.
[769] CJUE, 8 avril 1976, *Defrenne*, Recueil p. 455.
[770] CE, Ass., 11 mai 2004, *AC !*, n° 255886, Lebon p. 97 : « Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions

Cour de cassation[771]. Cette technique a été pour la première fois mise en œuvre par le juge de la constitutionnalité en 1997[772]. À cette occasion, la Haute instance ne censure pas une disposition qu'elle a pourtant jugée inconstitutionnelle[773].

La Haute instance utilise à nouveau ce pouvoir prétorien de modulation en 2005[774], même s'il apparaît de façon moins nette puisque la loi n'est précisément pas promulguée[775]. Plus explicite encore est la décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 : le juge de la constitutionnalité, dans le dispositif, considère que certaines dispositions législatives seront inconstitutionnelles à une date déterminée. Paradoxalement, la loi contenant des dispositions inconstitutionnelles entrera en vigueur : certaines des dispositions déclarées contraires à la Constitution sont promulguées, produisent leurs effets juridiques mais ont une durée de vie limitée[776].

Ce pouvoir de modulation a été consacré par la Constitution mais uniquement dans le cadre de la QPC. En effet, le nouvel alinéa de l'article 62 précise qu'une « disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». L'effet différé des décisions QPC est primordial puisque le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* porte sur des dispositions législatives promulguées, contrairement au contrôle de constitutionnalité *a priori*[777]. La censure différée permet au Conseil constitutionnel d'abroger des dispositions

contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ».

[771] C. Cass., 2ème Ch. Civ., 8 juillet 2004, Bull. civ., II, n° 387, p. 323.

[772] Décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, *Journal officiel* du 31 décembre 1997, p. 19313.

[773] B. Mathieu, S. Aivazzadeh, M. Verpeaux, L. Baghestani-Perrey, « Note sous décision n°97-395 DC », *LPA*, n° 74, 1998, p. 20.

[774] Décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, *Journal officiel* du 20 décembre 2005, p. 19561, texte n° 2.

[775] A.-L. Valembois, « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *LPA*, n° 117, 2006, p. 7.

[776] O. Dord, « La loi OGM devant le Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence AC », art. cité, p. 1614.

[777] À l'exception des décisions DC appliquant la jurisprudence Nouvelle-Calédonie (Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, *Journal officiel* du 26 janvier 1985, p. 1137) : le contrôle peut également porter sur une loi promulguée dès lors que la loi déférée complète, modifie ou affecte son domaine.

législatives promulguées[778], donc d'empêcher « la discontinuité normative »[779]. Sur plus de 760 décisions QPC rendues[780], 72 d'entre elles n'ont pas reçu d'application immédiate. Son pouvoir de modulation[781] est donc utilisé dans 10% de ses décisions QPC.

L'exercice de ce pouvoir se rencontre également lorsque le juge estime que la disposition législative est inconstitutionnelle au motif que le législateur n'a pas respecté l'étendue de sa compétence. Sur dix-neuf décisions QPC jugeant la disposition législative inconstitutionnelle sur le fondement d'une incompétence négative, le juge de la constitutionnalité a préféré laisser le temps au législateur à onze reprises[782]. Si l'effet différé ne signifie pas nécessairement inconstitutionnalité sur le fondement d'un motif d'incompétence négative, en revanche, la censure pour incompétence négative s'accompagne majoritairement[783] d'un effet différé. Toutefois, le plus surprenant est que le juge de la constitutionnalité octroie systématiquement un délai au législateur en cas de censure pour imprécision de la loi. Ainsi, sur les dix-neuf décisions QPC consacrant une méconnaissance par le législateur de sa compétence, cinq d'entre elles constatent une imprécision du législateur et ces dernières font toutes l'objet d'un report d'abrogation[784]. Parmi les six décisions restantes sur les onze censurant le législateur pour incompétence négative et reportant l'abrogation, quatre d'entre elles sont sanctionnées en raison de l'habilitation conférée au pouvoir réglementaire[785] et les deux autres pour délégation à d'autres autorités que le pouvoir réglementaire[786].

---

[778] F. Barque, « Le Conseil constitutionnel et la censure différée », *LPA*, n° 242, 2008, p. 8.
[779] N. Tilli, « La modulation dans le temps des effets des décisions d'inconstitutionnalité *a posteriori* », *RDP*, n° 6, 2011, p. 1591.
[780] À celui-ci, il faut ajouter les QPC soulevées en matière électorale qui sont, environ, au nombre de douze.
[781] J. Boudon, « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? - À propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *JCP G*, n° 40, 2010, p. 1825.
[782] Décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010 ; décision n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011 ; décision n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012 ; décision n° 2012-269 QPC du 27 juillet 2012 ; décision n° 2012-270 QPC du 27 juillet 2012 ; décision n° 2013-343 QPC du 27 septembre 2013, Époux L. ; décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014 ; décision n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014 ; décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015 ; décision n° 2016-579 QPC du 5 octobre 2016 ; décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018.
[783] Onze fois sur dix-neuf, soit environ 58 % des inconstitutionnalités pour incompétence négative sont assorties d'un effet différé. Voir le site du Conseil constitutionnel (https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions).
[784] Décision n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, Association France Nature Environnement ; Décision n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012, Association France Nature Environnement ; Décision n° 2012-270 QPC du 27 juillet 2012, Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles du Finistère ; Décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, M. Gilbert A. ; Décision n° 2016-579 QPC du 5 octobre 2016, Caisse des dépôts et consignations.
[785] Décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, M. Mathieu P. ; décision n° 2012-269 QPC du 27 juillet 2012, Union Départementale pour la Sauvegarde de la Vie, de la Nature et de l'Environnement et autres ; décision n° 2013-343 QPC du 27 septembre 2013, Époux L. ; décision n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014, Fédération environnement durable et autres.
[786] Décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, M. Ousmane K. et autres ; décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014, Confédération Générale du Travail Force Ouvrière et autre.

En conséquence, lorsque le juge de la constitutionnalité sanctionne le législateur en raison d'une imprécision, sans renvoyer sa compétence à une autorité, la censure lors du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est toujours reportée. Certes les décisions sont peu nombreuses puisqu'elles ne sont qu'au nombre de cinq. Néanmoins, des conclusions peuvent d'ores et déjà être tirées.

Différer une inconstitutionnalité provoquée par une incompétence négative pourrait être assimilée à une sorte d'injonction. En effet, le Conseil contraint le législateur à intervenir de telle sorte que le Parlement, au moment de l'élaboration de la nouvelle loi, est ainsi directement influencé par la décision du juge de la constitutionnalité[787]. Ainsi, l'effectivité de ses décisions est davantage garantie : en différant les effets de celles-ci, il assure un suivi, donc un respect, de l'article 62 de la Constitution. Le législateur est dans l'obligation d'intervenir, dans un délai déterminé, au risque d'une censure.

Le report des effets d'une décision permet d'enjoindre au législateur d'intervenir tout en évitant l'abrogation de la loi. L'incompétence négative vise à encourager le législateur à respecter l'étendue de sa compétence. Retarder les effets d'une décision de censure pour ce motif constitue une alternative. En effet, la censure immédiate crée un vide juridique puisque le juge de la constitutionnalité n'a pas le pouvoir de remplacer les lois imprécises par des lois conformes à la Constitution. L'abrogation immédiate ne surmonte pas l'imprécision, au contraire elle l'accentue. En revanche, l'abrogation différée permet de tempérer les effets d'une censure, donc la carence du législateur qui en découle. Il opte pour ce choix en ayant conscience qu'il est meilleur que l'insuffisance de la loi. Ce report préserve la loi tout en contraignant le législateur à en adopter une nouvelle. D'ailleurs ceci est d'autant plus nécessaire lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des exigences constitutionnelles.

En ayant recours à cette technique, le juge de la constitutionnalité est protecteur du domaine de la loi, donc il procède à une distribution des compétences normatives. En effet, il veille à l'intervention future du législateur : il ne supprime pas la norme mais exige une autre norme d'une plus grande précision. Régulateur du contentieux constitutionnel grâce à ce pouvoir de modulation[788], le juge de la constitutionnalité défend le domaine législatif en utilisant l'incompétence négative et en reportant les effets de celle-ci.

[787] J. Benetti, « Les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions*, 2011, p. 42.
[788] M. Disant, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *NCCC,* n° 40, 2013, p. 63.

Le report de l'abrogation à une date déterminée en attendant une intervention du législateur est une technique contentieuse afin d'éviter l'inertie du législateur[789]. Toutefois, il est des cas où le législateur tarde à intervenir dans le délai imparti. Dans cette hypothèse, les instances en cours n'ont pas d'autre choix que de constater l'abrogation de la loi inconstitutionnelle qui n'a pas été remplacée par une loi nouvelle. Dans ce cas, plus qu'une imprécision du législateur, c'est un vide juridique qui apparaît. La modulation des effets d'une décision du Conseil constitutionnel n'a donc d'intérêt et ne permet de purger les vices d'inconstitutionnalité que dans l'hypothèse où le législateur intervient avant la date fixée par le juge de la constitutionnalité.

Conclusion du chapitre

Si l'incompétence négative a « un contenu hétéroclite » et « ressemble aujourd'hui à une vaste catégorie fourre-tout »[790], son objectif reste clair : le législateur doit respecter la compétence que lui confie la Constitution. Ce moyen permet au juge de la constitutionnalité de censurer une intervention insuffisante ou laconique du législateur. Ainsi, grâce à ce vice d'inconstitutionnalité, le juge de la constitutionnalité surveille les matières dans lesquelles le législateur exerce sa compétence.

L'incompétence négative défend le législateur et, par ricochet, le Parlement. En effet, « avec un certain paradoxe, ce Conseil constitutionnel que beaucoup croyaient être un canon braqué contre le Parlement va en devenir le meilleur défenseur, et souvent contre la volonté même des parlementaires »[791]. L'utilisation du moyen d'incompétence négative en est une illustration probante. Sanctionner le législateur sur ce fondement, dans l'exercice de l'office du juge de la constitutionnalité, permet au Conseil constitutionnel de se dissimuler derrière son office de garant des droits et libertés constitutionnels. Ce faisant, il s'approprie une compétence réservée au juge de la répartition des compétences normatives. Le juge de la constitutionnalité préfère empiéter sur une compétence résultant d'un autre office au nom de l'efficacité : le

[789] F. Tap, « L'abrogation différée d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel : que faire en cas de retard du législateur ? », *RFDA*, 2017, p. 171.
[790] A. Vidal-Naquet, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *NCCC*, n°46, 2015, p. 7.
[791] G. Drago, « Les différents types de contentieux ou 5 000 décisions en 60 ans », art. cité, p. 7.

législateur et le pouvoir réglementaire se croient davantage contraints de respecter les décisions du Conseil constitutionnel si elles émanent du gardien de la Constitution.

Conclusion du titre

La décision *Blocage des prix et revenus* marque, en apparence, une rupture. À compter de cette décision, l'office du juge de la répartition des compétences normatives et l'office du juge de la constitutionnalité ne sont plus censés se confondre. Ainsi, le juge de la constitutionnalité ne protège plus le domaine réglementaire. Au contraire, avec cette jurisprudence, une nouvelle ère s'est amorcée : le juge de la constitutionnalité préserve le domaine législatif. Cela se manifeste à deux égards. En premier lieu, le juge de la constitutionnalité découvre de nouvelles matières relevant du législateur. En second lieu, il se permet désormais de censurer une loi en raison de la carence du législateur. Or, étant donné que le Conseil constitutionnel souhaite cloisonner ses offices, la préservation du domaine de la loi aurait dû être l'apanage du juge de la répartition des compétences normatives. En effet, en raison de son office, ce juge aurait pu adopter une lecture complaisante à l'égard du législateur. Son image de défenseur de l'exécutif aurait évidemment été entachée mais il aurait eu le mérite d'avoir exercé une attribution résultant de son office. De la sorte, le juge de la répartition des compétences normatives aurait, le plus souvent, admis que les matières contestées par le Premier ministre relevaient du domaine de la loi. En réalité, le Conseil constitutionnel a procédé autrement.

En conséquence, la protection du domaine de la loi par le juge de la constitutionnalité est une opportunité dont le Conseil constitutionnel a su se saisir. Les décisions DC et QPC octroient, parmi les institutions, une place dominante au Conseil. Il a donc tout intérêt à voir leur nombre s'augmenter. Exiger du législateur qu'il épuise sa compétence et identifier plus de matières relevant de son domaine multiplient le nombre de lois. De la sorte, les éventualités de saisine de la Haute instance bondissent. En élargissant le domaine de la loi de façon insidieuse et en utilisant le moyen d'incompétence négative, le juge de la constitutionnalité distribue les compétences normatives alors que cela ne relève pas de son office. Ainsi, le juge de la constitutionnalité se substitue au juge de la répartition des compétences normatives en exerçant indûment ses compétences. Inévitablement, le juge de la répartition des compétences normatives tend à s'effacer.

Titre 2. L'effacement de l'office du juge de la répartition des compétences normatives au profit du juge de la constitutionnalité

En 1958, les procédures des articles 37, alinéa 2 et 41 de la Constitution avaient pour dessein de lutter contre l'impérialisme supposé du pouvoir législatif. D'ailleurs, c'est l'une des raisons pour lesquelles le Conseil constitutionnel a été institué. Au début de la V[ème] République, le Gouvernement avait besoin « d'arme[s] »[792] pour faire respecter les limites dans lesquelles la loi a été enfermée, c'est ce que sont la délégalisation et l'irrecevabilité législative[793]. Ces deux outils, mis à la disposition du Gouvernement, font appel au Conseil constitutionnel qui statue, à cette occasion, en tant que juge de la répartition des compétences normatives.

L'article 37, alinéa 2 de la Constitution a été rédigé pour permettre au Gouvernement de disposer d'une voie de recours *a posteriori* dans le cas où il n'aurait pas opposé l'irrecevabilité législative. *A contrario*, le mécanisme de l'article 41 de la Constitution intervient pendant les débats parlementaires. La Haute instance doit juger « de la recevabilité (…) des propositions de lois ou des amendements déposés par les membres du Parlement »[794]. La délégalisation et l'irrecevabilité législative sont, en somme, la conséquence des articles 34 et 37 de la Constitution. Le but de ces deux procédures réside dans le respect des domaines respectifs de la loi et du règlement. En effet, elles constituent « une barrière procédurale destinée à empêcher l'invasion du domaine réglementaire par l'initiative parlementaire »[795]. En d'autres termes, elles ont été conçues pour éviter que cette répartition des compétences normatives reste lettre morte[796]. Toutefois, la procédure prévue à l'article 41 de la Constitution est désormais « en jachère »[797]. Son application n'aboutit plus à une saisine du Conseil constitutionnel. C'est en ce sens que cette procédure est considérée comme abandonnée.

En outre, la seconde procédure dite « FNR »[798], résulte de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Trois nouveaux alinéas ont été ajoutés à l'article 39[799] dont l'alinéa 4 qui

[792] Allocution de Michel Debré devant le Conseil d'État le 27 août 1958.
[793] Appelée aussi exception d'irrecevabilité.
[794] Décision n° 61-1 AUTR du 14 septembre 1961, Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale (Recevabilité de la motion de censure), Recueil, p. 55.
[795] J. Foyer, « L'application des articles 34 et 37 par l'Assemblée nationale » *in Le domaine de la loi et du règlement, op. cit.*, p. 85.
[796] É. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, Initiative législative et Constitution, op. cit*., p. 77.
[797] L. Favoreu, « Avant-propos » *in Le domaine de la loi et du règlement, op. cit.*, p. 10.
[798] « Fin de non-recevoir » en raison du sigle utilisé par le Conseil constitutionnel pour ses décisions rendues sur le fondement des articles 41 et 39, alinéa 4 de la Constitution.
[799] En vertu de l'alinéa 3 : « La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique ».

dispose que « les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours ». Ces projets de loi déposés devant les Chambres et inscrits à l'ordre du jour doivent nécessairement répondre à des exigences fixées par une loi organique et notamment contenir un exposé des motifs[800] ainsi qu'une étude d'impact[801]. Cette dernière est composée d'une série de documents définissant les objectifs poursuivis, les nécessités de légiférer dans cette matière et l'état du droit existant[802]. L'intérêt du projet est plus précis, les parlementaires sont mieux informés[803] ou éclairés sur la politique mise en œuvre par le Gouvernement[804]. Cette nouvelle procédure vise ainsi à surmonter notamment « les pathologies de la loi »[805]. Le Conseil constitutionnel a été appelé à se prononcer seulement à une unique reprise sur ce fondement[806].

Conformément à l'alinéa 5 : « Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose ».

[800] Article 7 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution publiée au *Journal officiel* n° 0089 du 16 avril 2009 p. 6528.

[801] Article 8 alinéas 1 et 2 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 : « Les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact. Les documents rendant compte de cette étude d'impact sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'Etat. Ils sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi auxquels ils se rapportent.

Ces documents définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation ».

[802] Conformément à l'article 8 alinéa 3 de la loi organique : « Ils exposent avec précision :

— l'articulation du projet de loi avec le droit européen en vigueur ou en cours d'élaboration, et son impact sur l'ordre juridique interne ;

— l'état d'application du droit sur le territoire national dans le ou les domaines visés par le projet de loi ;

— les modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées, les textes législatifs et réglementaires à abroger et les mesures transitoires proposées ;

— les conditions d'application des dispositions envisagées dans les collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises, en justifiant, le cas échéant, les adaptations proposées et l'absence d'application des dispositions à certaines de ces collectivités ;

— l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue ;

— l'évaluation des conséquences des dispositions envisagées sur l'emploi public ;

— les consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'État ;

s'il y a lieu, les suites données par le Gouvernement à l'avis du Conseil économique, social et environnemental ».

[803] A.-S. Denolle, « Les études d'impact : une révision manquée ? », *RFDC*, 2011, n° 87, p. 499.

[804] P. Rrapi, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, Dalloz, 2014, p. 217-218.

[805] G. Glénard, « La conception matérielle de la loi revivifiée, La loi ordinaire à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programmation sur l'avenir de l'école », *RFDA*, 2005, p. 922.

[806] Décision n° 2014-12 FNR du 1er juillet 2014, Présentation du projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, *Journal officiel* du 3 juillet 2014 p. 11023, texte n° 100.

Ainsi, les procédures FNR, prévues aux articles 39, alinéa 4, et 41 de la Constitution, ne conduisent pas ou plus à une saisine du Conseil constitutionnel, notamment à cause du juge de la constitutionnalité (Chapitre 1). Les offices ne sont donc pas cloisonnés. Au contraire, ils interagissent entre eux (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le rôle décisif du juge de la constitutionnalité dans l'abandon de la procédure FNR

En 1958, les rédacteurs de la Constitution ont cherché des mécanismes permettant au Gouvernement de mener correctement sa politique. C'est le cas notamment avec l'article 41 de la Constitution qui dispose que « s'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité. En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'Assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours ». Le Parlement ne peut donc plus entraver impunément le travail gouvernemental. Le mécanisme vise notamment à limiter des propositions de loi, intervenant dans des matières non législatives, et le droit d'amendement[807]. Pour autant, cette procédure n'est pas obligatoire : malgré la présence de dispositions réglementaires dans une loi, l'irrecevabilité ne doit pas forcément être opposée[808]. Néanmoins, lorsque le Gouvernement oppose l'irrecevabilité, le Président de l'assemblée concernée peut s'y soumettre, ce qui n'aboutit pas systématiquement à une saisine du Conseil constitutionnel[809]. L'étude ne s'intéressera pas à cette hypothèse.

De la même façon, la deuxième procédure pour laquelle le Conseil constitutionnel rend une décision FNR est consacrée à l'article 39, alinéa 4 de la Constitution. Bien que le Conseil constitutionnel ne répartisse pas *stricto sensu* des compétences normatives, cette procédure nécessite que la Haute instance statue sur un conflit opposant le Gouvernement au Parlement. En effet, « le constituant a choisi, à l'article 39 de la Constitution, de faire intervenir le Conseil constitutionnel comme un aiguilleur des compétences entre les pouvoirs publics, comme à l'article 41 »[810]. D'ailleurs, au sein de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique

[807] J.-P. Camby et P. Servent, *Le travail parlementaire sous la cinquième République*, 6ème édition, Montchrestien, 2011, p. 92.
[808] Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *Journal officiel* du 2 août 2000, p. 11922, cons. 22.
[809] Le désaccord entre le Gouvernement et le Président de la chambre concernée ne signifie pas systématiquement saisine du Conseil constitutionnel, celui qui a opposé l'irrecevabilité n'est pas dans l'obligation de la maintenir. Voir en ce sens : É. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, Initiative législative et Constitution*, *op. cit.*, p. 231.
[810] J.-L. Warsmann, Rapport n°1375 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, disponible à l'adresse : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1375.asp.

sur le Conseil constitutionnel, cette procédure du titre II[811] a été consacrée dans le chapitre III bis[812] enchâssé « logiquement »[813] entre celui relatif à l'examen des textes de nature législative en vue d'une délégalisation[814] et celui concernant l'examen de fin de non-recevoir figurant à l'article 41 de la Constitution[815]. En ce sens, le médiateur est le juge de la répartition des compétences normatives : il doit déterminer si les informations du Gouvernement mises à disposition du Parlement sont suffisantes et respectent les prescriptions imposées par le législateur organique.

En vertu de l'article 39, alinéa 4, le Conseil constitutionnel est exceptionnellement saisi alors que sur le fondement de l'article 41 de la Constitution, il ne l'est plus du tout. Dans ces deux hypothèses, le juge de la répartition des compétences normatives détient des attributions appelées « FNR ». En réalité, l'exercice des compétences FNR par le juge de la constitutionnalité (Section 1) et l'incidence de sa jurisprudence résultant des décisions DC (Section 2) justifient notamment l'abandon des procédures FNR.

Section 1 : L'exercice hétérodoxe des compétences FNR par le juge de la constitutionnalité

Le juge de la constitutionnalité exerce des compétences ne résultant pas de son office. En effet, alors qu'il devrait se contenter d'examiner la constitutionnalité du texte pour lequel il est saisi, le Conseil constitutionnel examine les études d'impact que le Gouvernement a jointes au projet de loi (§1). Aussi, dans le cas où l'exception d'irrecevabilité aurait été soulevée par le Gouvernement, sans même que cela n'aboutisse à une saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 41 de la Constitution, la Haute instance vérifie la validité de l'irrecevabilité (§2). Dans ces deux cas, le juge de la constitutionnalité dépasse largement le champ de sa compétence.

[811] Le titre II de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel s'intitule : « fonctionnement du Conseil constitutionnel ».
[812] Le chapitre III bis se nomme « De l'examen des conditions de présentation des projets de loi ». Il contient un unique article qui dispose que : « le Conseil constitutionnel, saisi conformément au quatrième alinéa de l'article 39 de la Constitution, avise immédiatement le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. La décision du Conseil constitutionnel est motivée et notifiée aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat et au Premier ministre. Elle est publiée au Journal officiel ».
[813] J.-L. Warsmann, Rapport n°1375 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, disponible à l'adresse : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1375.asp.
[814] « Chapitre III : De l'examen des textes de forme législative ».
[815] « Chapitre IV : De l'examen des fins de non-recevoir ».

§1 : L'analyse biaisée du contenu des études d'impact

À compter de la révision constitutionnelle de 2008, le Conseil constitutionnel se voit investi d'une nouvelle compétence : il contrôle le respect des conditions fixées par la loi organique du 15 avril 2009[816]. Un exposé des motifs ainsi qu'une étude d'impact doivent désormais apparaître dans chaque projet de loi sans forcément y figurer dès leur élaboration[817]. La revalorisation du Parlement est le principal dessein des études d'impact, elles permettent « une meilleure connaissance des textes déposés, ce qui facilite le travail en commission »[818]. Si les conditions de la loi organique ne sont pas satisfaites alors la Conférence des présidents peut s'opposer à l'inscription de ce projet à l'ordre du jour. Dans le cas où le désaccord persisterait, le Premier ministre ou le Président de l'Assemblée intéressée a la faculté de saisir le Conseil constitutionnel[819]. C'est une compétence « moderne », étant donné qu'aucune attribution n'est comparable à celle-ci, mais « classique »[820] puisqu'il s'agit de départager le Parlement et le Gouvernement.

Néanmoins, certains textes en sont exemptés. C'est le cas des amendements[821], des projets de révision constitutionnelle, des projets de loi de finances, des projets de loi de financement de la sécurité sociale, des projets de loi de programmation, des projets de loi prorogeant des états de crise[822] et des projets de loi de ratification[823]. On peut supposer que les propositions de loi ne sont pas non plus concernées puisque l'objectif est de donner au Parlement une « plus grande maîtrise du travail législatif »[824]. Or, ce sont les parlementaires eux-mêmes qui sont à l'origine des propositions de loi.

---

[816] Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution publiée au *Journal officiel* n°0089 du 16 avril 2009 p. 6528.
[817] Conformément à la décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, *Journal officiel* du 16 avril 2009, p. 6530, texte n° 2, cons. 13.
[818] P. Blachèr, « Les études d'impact dans la procédure législative », *in Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012, p. 53.
[819] Conformément à l'alinéa 4 de l'article 39 de la Constitution.
[820] M. Fatin-Rouge Stéphanini, « Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions », *RFDC*, n° 78, 2009, p. 296.
[821] Décision n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, Loi de réforme des collectivités territoriales, *Journal officiel* du 17 décembre 2010, p. 22181, texte n° 2, cons. 3 ; décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, Loi relative à la consommation, *Journal officiel* du 18 mars 2014 p. 5450, texte n° 2.
[822] Article 11 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.
[823] Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, Considérant 22.
[824] Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^{ème} République, n° 820, déposé le 23 avril 2008, http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl0820.asp.

Ce mécanisme est en proie à des critiques eu égard à la difficulté d'établir et de contrôler des études d'impact[825]. D'aucuns admettent qu'il ne sera pas promis au succès[826] puisqu'il reste « sous l'emprise du fait majoritaire »[827]. En effet, conformément aux articles 29 alinéa 7 du règlement du Sénat[828] et 47, alinéa 3 du règlement de l'Assemblée nationale[829], la majorité des membres de la Conférence des présidents doit autoriser la saisine du Conseil constitutionnel.

Le contenu des études d'impact ne devrait pas être contrôlé par le juge de la constitutionnalité sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution puisqu'il existe une procédure parallèle. À ce titre, le Conseil constitutionnel défend, vainement, le cloisonnement de ses offices (A). Ainsi, à l'origine, si le juge de la répartition des compétences normatives était censé être le seul compétent, progressivement, le juge de la constitutionnalité a décidé de vérifier la teneur des études d'impact (B).

A. La tentative de cloisonner ses offices

Le Conseil constitutionnel souhaite que ses offices soient étanches : l'un ne peut exercer la compétence de l'autre (1). Ce cloisonnement est difficilement réalisable dans la mesure où la jurisprudence du juge de la constitutionnalité influence inévitablement le juge de la répartition des compétences normatives (2).

1. Une étanchéité défendue

À ce jour, une seule décision FNR[830] sur le fondement de l'article 39, alinéa 4 a été rendue par le Conseil, en 2014. Le juge rappelle, à cette occasion, qu'il doit s'en tenir au

[825] P. Mbongo, « La "constitutionnalisation" des études d'impact préalables à la loi. Un mirage légistique », *D.*, 2009, p. 108.
[826] D. Chamussy, « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 38, 2013, p. 61.
[827] S. Hutier, « Retour sur un moyen récurrent les malfaçons de l'étude d'impact des projets de loi », *RFDC*, n° 101, 2015, p. 79.
[828] « Dans les votes émis au sein de la Conférence des présidents, il est attribué à chaque président de groupe un nombre de voix égal au nombre des membres de son groupe, déduction faite de ceux qui sont membres de la Conférence des présidents ».
[829] « Dans les votes émis au sein de la conférence sur les propositions qui lui sont soumises par ses membres, il est attribué aux présidents des groupes un nombre de voix égal au nombre des membres de leur groupe après défalcation des voix des autres membres de la conférence ».
[830] Décision n° 2014-12 FNR du 1er juillet 2014, Présentation du projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, *Journal officiel* du 3 juillet 2014, p. 11023, texte n° 100.

fondement sur lequel il a été saisi. En ce sens, ses attributions sont limitées : il ne peut que vérifier si l'étude d'impact est respectueuse des exigences fixées à l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009.

Dans cette affaire, c'est le Premier ministre qui a saisi le Conseil constitutionnel car la Conférence des présidents[831] s'était opposée à l'inscription à l'ordre du jour d'un projet de loi relatif aux collectivités territoriales. Eu égard à son objet, le projet de loi avait été déposé en priorité sur le bureau du Sénat[832]. Or, la Conférence des présidents du Sénat estimait que l'étude d'impact était insuffisante en ce qu'elle ne contenait pas, notamment, les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales du projet de loi. En outre, le manque de détails et de précisions de l'étude d'impact lui était reproché car ses données étaient « succinctes » et « bâclées ». Pourtant, « la connaissance et le croisement d'un certain nombre de données [aurait permis] au Sénat de légiférer en respectant le principe constitutionnel de sécurité juridique relatif à la qualité de la loi »[833]. Les sénateurs condamnaient également la procédure accélérée engagée par le Gouvernement[834]. Ils soutenaient en effet que la rapidité dont ils devaient faire preuve empêchait le Sénat d'effectuer « un travail approfondi sur un projet de loi qui entend modifier en profondeur la carte politique et administrative de la France » [835]. La Haute instance devait donc étudier les informations mises à la disposition des sénateurs.

Comme pour les autres décisions FNR prises sur le fondement de l'article 41 de la Constitution, le contrôle porte sur un projet de loi et non sur un texte adopté. Ainsi, en l'espèce, les débats parlementaires n'ont pas encore eu lieu. Le Conseil constitutionnel se prononce donc

[831] Composée du Président du Sénat, des vice-présidents, des présidents de tous les groupes politiques, des présidents des commissions permanentes, des présidents des commissions spéciales intéressées, du président de la commission des affaires européennes du Sénat ainsi que des rapporteurs généraux de la commission des finances et la commission des affaires sociales.

[832] Article 39, alinéa 2 de la Constitution : « Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat et déposés sur le bureau de l'une des deux Assemblées. Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat ».

[833] Observations des sénateurs, décision n° 2014-12 FNR du 1 juillet 2014, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-2014-12-fnr-du-1-juillet-2014-observations-de-senateurs-1.

[834] Article 45, alinéa 2 de la Constitution : « Lorsque, par suite d'un désaccord entre les deux Assemblées, un projet ou une proposition de loi n'a pu être adopté après deux lectures par chaque Assemblée ou, si le Gouvernement a décidé d'engager la procédure accélérée sans que les Conférences des présidents s'y soient conjointement opposées, après une seule lecture par chacune d'entre elles, le Premier ministre ou, pour une proposition de loi, les présidents des deux assemblées agissant conjointement, ont la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion ».

[835] Observations des sénateurs, décision n° 2014-12 FNR du 1 juillet 2014, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-2014-12-fnr-du-1-juillet-2014-observations-de-senateurs-1.

pendant la phase d'adoption de la loi : ce projet doit encore connaître des modifications puisque des discussions en séance publique auront lieu ultérieurement. En ce sens, il est juridiquement possible que le projet de loi, sur lequel se prononce le Conseil, ne soit pas adopté. Le contrôle du juge fut très modeste en 2014[836]. Il se contente de vérifier la conformité de l'étude d'impact avec les exigences de la loi organique et juge que l'exposé des motifs ainsi que l'étude d'impact sont satisfaisants. Étant donné que les règles fixées par la loi organique ne sont pas méconnues, le Premier ministre est autorisé à réinscrire le projet à l'ordre du jour.

À cette occasion, la séparation des offices est défendue. En effet, la Haute instance réitère sa position résultant de sa décision n° 79-10 FNR du 26 avril 1979[837] : elle refuse de contrôler la conformité du projet de loi à la Constitution puisque cette compétence ne vaut que lorsqu'elle est saisie comme juge de la constitutionnalité. D'ailleurs, à la suite de la décision FNR, le projet de loi a été adopté et la loi a été déférée au Conseil constitutionnel pour qu'il examine la constitutionnalité. En tant que juge de la constitutionnalité, il a considéré la loi conforme à la Constitution[838] sans même viser la précédente décision FNR. Cette dernière ne confère donc pas un brevet de constitutionnalité : une décision FNR ne certifie pas la conformité à la Constitution du projet en discussion. Le juge de la répartition des compétences normatives ne peut donc empiéter sur les compétences du juge de la constitutionnalité. Néanmoins, cette tentative apparaît vaine : le juge de la répartition des compétences normatives est contraint de suivre l'interprétation du juge de la constitutionnalité. Ainsi, les offices du Conseil constitutionnel ne sont pas cloisonnés mais interagissent.

2. La nécessité de respecter l'interprétation du juge de la constitutionnalité

Les offices du Conseil constitutionnel ne sont pas étanches mais s'influencent les uns les autres. En effet, le juge de la constitutionnalité interprète des dispositions législatives qui seront appliquées par le juge de la répartition des compétences normatives.

[836] B.-L. Combrade, « Cinq ans plus tard : Première (et dernière ?) application de l'article 39, alinéa 4 de la Constitution », *LPA*, n° 171, 2014, p. 6.
[837] Dans la décision n° 79-10 FNR du 26 avril 1979, la Haute instance a précisé qu'elle ne se prononçait pas sur la constitutionnalité des dispositions dont elle était saisie.
[838] Décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015, Loi relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, *Journal officiel* n°0014 du 17 janvier 2015 p. 783, texte n° 2.

Lors du contrôle de constitutionnalité de la loi organique du 15 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a formulé plusieurs réserves d'interprétation. Ces dernières conditionnent la conformité de la loi à la Constitution. Le Conseil constitutionnel prend « un risque important : celui de laisser dans l'ordonnancement juridique une loi qui reste inconstitutionnelle au cas où les conditions de sa constitutionnalité n'auront pas été respectées »[839]. Dans cette hypothèse, les pouvoirs publics ainsi que les autorités administratives et juridictionnelles sont contraints de les respecter.

La première réserve formulée par le Conseil constitutionnel est relative aux rubriques de l'article 8 de la loi organique. Conformément à cette disposition, une étude précise et détaillée doit répondre à chaque rubrique. L'addition de toutes ces études particulières forme ainsi l'étude d'impact. Toutefois, le juge de la constitutionnalité a estimé que « l'élaboration d'études particulières répondant à chacune des prescriptions de ces alinéas ne saurait être exigée que pour autant que ces prescriptions ou l'une ou l'autre d'entre elles trouvent effectivement à s'appliquer compte tenu de l'objet des dispositions du projet de loi en cause »[840]. En somme, le juge de la constitutionnalité admet que l'étude d'impact ne doit pas forcément répondre aux huit rubriques fixées par le législateur organique. « Le Conseil a réservé ainsi la faculté que l'étude d'impact puisse contenir des rubriques "état néant" »[841]. Le juge de la constitutionnalité prévient ainsi de la souplesse dont devra faire preuve le juge de la répartition des compétences normatives dans l'interprétation des dispositions de l'article 8 de la loi organique.

La seconde réserve d'interprétation est relative au retard que pourrait accuser le Premier ministre lors du dépôt de l'étude d'impact. En effet, « si, tout ou partie d'un document constituant l'étude d'impact d'un projet de loi venait à être mis à la disposition de la première assemblée saisie de ce projet après la date de dépôt de ce dernier », le Conseil constitutionnel pourrait apprécier « le respect des dispositions précitées de l'article 8 de la loi organique au regard des exigences de la continuité de la vie de la Nation »[842]. Ainsi, le juge de la constitutionnalité privilégie une interprétation flexible « qui doit cependant demeurer

[839] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 44.
[840] Décision n° 2009-579 DC du 09 avril 2009, cons. 15.
[841] « Commentaire de la décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009 », *CCC*, n°27, 2010, disponible à l'adresse, p. 5 :
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2009579dc/ccc_579dc.pdf.
[842] Décision n° 2009-579 DC du 09 avril 2009, cons. 17.

compatible avec l'objet même de la réforme : permettre un débat législatif pleinement informé »[843].

Cette seconde réserve liée « à la protection de la continuité de la vie de la nation »[844] figurait déjà dans une décision de 2001[845] relative à l'examen de constitutionnalité de la loi organique relative aux lois de finances[846]. Cette dernière consacrait, en son article 39 notamment[847], des contraintes temporelles. Le juge de la constitutionnalité a estimé que ces exigences de calendrier n'étaient pas d'interprétation stricte. En effet, le dépôt tardif d'un ou plusieurs documents n'est pas de nature à vicier toute la procédure relative à l'adoption du projet de loi de finances puisque « la conformité de la loi de finances à la Constitution serait alors appréciée au regard tant des exigences de la continuité de la vie nationale que de l'impératif de sincérité qui s'attache à l'examen de la loi de finances pendant toute la durée de celui-ci »[848]. Le juge de la constitutionnalité ne censure donc pas ce type de dispositions mais met seulement « en garde »[849]. En effet, ce type de réserve est valable « pour toutes les dispositions organiques qui, instaurant à la charge de l'Exécutif des obligations sans doute bien venues du point de vue du contrôle parlementaire, n'en seraient pas moins susceptibles, par l'irréalisme de certaines de leurs exigences (du moins dans certaines circonstances), de paralyser les services administratifs »[850]. Comme dans d'autres cas ultérieurs[851], le juge formule dans la décision du 9 avril 2009, une interprétation neutralisante pour « empêcher l'un des effets potentiels d'une

[843] L. Baghestani-Perrey, « À propos de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution », *LPA*, n°127, 2009, p. 6.
[844] F. Chaltiel, « La loi organique relative aux articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution devant le Conseil constitutionnel : revalorisation du Parlement ou protection du gouvernement ? », *LPA*, n°106, 2009, p. 4.
[845] Décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, *Journal officiel* du 2 août 2001, p. 12490.
[846] Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances publiée au *Journal officiel* n°177 du 2 août 2001, p. 12480.
[847] « Le projet de loi de finances de l'année, y compris les documents prévus aux articles 50 et 51, est déposé et distribué au plus tard le premier mardi d'octobre de l'année qui précède celle de l'exécution du budget. Il est immédiatement renvoyé à l'examen de la commission chargée des finances.
Toutefois, chaque annexe générale destinée à l'information et au contrôle du Parlement est déposée sur le bureau des assemblées et distribuée au moins cinq jours francs avant l'examen, par l'Assemblée nationale en première lecture, des recettes ou des crédits auxquels elle se rapporte ».
[848] Considérant 75 de la décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001.
[849] P. Jan, « Le Conseil constitutionnel et la nouvelle loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances », *AJDA*, 2002, p. 59.
[850] J.-E. Schoettl, « La réforme des lois de financement de la sécurité sociale devant le Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2005, p. 1030.
[851] Cette expression a ensuite été reprise ultérieurement et ce notamment dans la décision n° 2012-658 DC du 13 décembre 2012 (Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques, *Journal officiel* du 18 décembre 2012, p. 19856, texte n° 3).

disposition législative »[852]. Il exige du juge de la répartition des compétences normatives une relative souplesse et une indulgence.

En conséquence, le juge de la répartition des compétences normatives est nécessairement influencé par l'interprétation du juge de la constitutionnalité. Les offices ne sont pas étanches mais interagissent entre eux. Cela est d'autant plus remarquable que le juge de la constitutionnalité s'est reconnu compétent pour contrôler le contenu de l'étude d'impact.

B. Une compétence exercée par le juge de la constitutionnalité

Saisi sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, le juge de la constitutionnalité accepte de vérifier le contenu de l'étude d'impact. Pourtant, conformément à la loi organique du 15 avril 2009[853], à l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel[854] et à la Constitution, le Conseil constitutionnel est saisi pour contrôler l'étude d'impact en vertu du seul article 39, alinéa 4 de la Constitution. En d'autres termes, cette prérogative conférée au Conseil est uniquement subordonnée à une saisine sur ce fondement.

Pour autant, en saisissant le Conseil en vertu de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, les parlementaires ont pris l'habitude de contester le contenu de l'étude d'impact. Le plus surprenant est de voir que la Haute instance n'a pas refusé de connaître d'un tel moyen. Une brèche s'est ainsi ouverte : le juge de la constitutionnalité s'autorise à vérifier la teneur de l'étude d'impact en dehors de l'article 39, alinéa 4 de la Constitution.

Pourtant, à l'époque des travaux préparatoires de la loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, plusieurs voix s'étaient élevées pour éviter que le Conseil constitutionnel se saisisse d'un tel moyen de constitutionnalité. Le Président de la République de l'époque, Nicolas Sarkozy, s'adressant à son Premier ministre, François Fillon, précisait qu'il n'était pas « favorable (…) à ce que le Conseil constitutionnel puisse être saisi

[852] R. Bourrel, « La validation par le Conseil constitutionnel de la "nouvelle Constitution financière" de la France », *AJDA*, 2013, p. 478.
[853] Article 10 de la loi organique du 15 avril 2009 qui opère un renvoi à l'article 26-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.
[854] Article 26-1 : « Le Conseil constitutionnel, saisi conformément au quatrième alinéa de l'article 39 de la Constitution, avise immédiatement le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat.
La décision du Conseil constitutionnel est motivée et notifiée aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat et au Premier ministre. Elle est publiée au Journal officiel ».

de la recevabilité des projets de loi au regard de leur étude d'impact. C'est au Gouvernement qu'il incombe en la matière d'agir avec la discipline nécessaire »[855]. Aussi, le rapporteur du projet de loi organique avait explicitement affirmé que « la procédure instituée à l'article 39 de la Constitution n'a pas pour objet de créer un nouveau motif d'inconstitutionnalité de la loi »[856]. Il n'était pas question pour eux que le Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, juge une loi inconstitutionnelle au motif que celle-ci ne contiendrait pas une étude d'impact satisfaisante.

Toutefois, malgré ces réticences, « par renvoi de l'article 39, alinéa 4 de la Constitution, la loi organique du 15 avril 2009 constitue une nouvelle norme de référence lors du contrôle de constitutionnalité de la loi »[857]. En effet, la jurisprudence du Conseil prouve que le contenu de l'étude d'impact est vérifié à l'occasion des contrôles de constitutionnalité *a priori*.

Dans un premier temps, le juge de la constitutionnalité commence par délimiter les cas dans lesquels l'étude d'impact est obligatoire. Tel est le cas dans la décision n° 2010-603 DC du 11 février 2010[858]. Les parlementaires critiquaient la procédure d'adoption et deux articles de la loi[859] : ils contestaient l'étude d'impact car le Gouvernement n'en avait présenté qu'une seule et unique pour trois projets de loi distincts. Ils invoquaient une méconnaissance des conditions de la loi organique et estimaient que la procédure parlementaire n'était pas conforme à la Constitution. Le Conseil constitutionnel précise que la procédure par laquelle la loi a été adoptée est conforme à la Constitution, notamment en ce que la loi organique ne fait pas obligation au Gouvernement de présenter une étude d'impact par projet de loi. D'après le juge de la constitutionnalité, une étude d'impact peut être « commune à plusieurs projets de loi ayant un objet analogue »[860]. Il ne s'agit pas d'un contrôle en tant que tel de l'étude d'impact mais seulement d'un rappel de sa décision du 9 avril 2009[861]. D'ailleurs le commentaire de la décision insiste sur ce point : « il ne s'agissait pas ici pour le Conseil constitutionnel d'exercer son contrôle de l'insuffisance éventuelle des études d'impact tel que prévu par le quatrième

[855] « Lettre du Président de la République au Premier ministre François Fillon », *RFDC*, 2008, p. 296.
[856] J.-L. Warsmann, Rapport n°1375 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, disponible à l'adresse : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1375.asp.
[857] B.-L. Combrade, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, 2017, p. 114.
[858] Décision n° 2010-603 DC du 11 février 2010, Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux, *Journal officiel* du 17 février 2010, p. 2914.
[859] La lettre de saisine des députés et la lettre de saisine des sénateurs est identique.
[860] Considérant 5 de la décision n° 2010-603 DC du 11 février 2010.
[861] Décision n° 2009-579 DC du 09 avril 2009, cons. 15.

alinéa de l'article 39 de la Constitution »[862]. Même s'il refuse, dans le cas d'espèce, de contrôler l'étude d'impact, le Conseil « a [néanmoins] accepté d'être saisi, dans le cadre de la procédure de l'article 61 de la Constitution, d'un grief tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 »[863].

Une autre décision du 9 juin 2011[864] est encore plus révélatrice. Si le Conseil constitutionnel avait été saisi par soixante députés et soixante sénateurs, seuls les députés contestaient la procédure d'adoption de la loi. Ils estimaient que l'absence de réunion de la Conférence des présidents avait constitué un obstacle à la mise en œuvre de l'article 39, alinéa 4. Le juge de la constitutionnalité leur répond que « le grief tiré de l'absence de réunion de la Conférence des présidents permettant de contester l'étude d'impact manque en fait ». Eu égard à la formulation employée, le Conseil ne refuse pas de juger l'étude d'impact : il rejette seulement l'idée d'admettre que la procédure de l'article 39, alinéa 4 a été viciée. Ainsi, si un autre argument relatif à l'étude d'impact avait été mis en avant, il aurait pu être admis. Une évolution, bien que minime, est donc à constater.

Dans les décisions ultérieures[865], le contrôle de l'étude d'impact par le juge de la constitutionnalité est plus subtil. Bien que les autorités saisissantes arguent systématiquement de l'insuffisance de l'étude d'impact, le Conseil rappelle, à chaque fois, que les parlementaires auraient pu la contester devant la Conférence des présidents. Or, cette dernière n'a pas été saisie de griefs à l'encontre de l'étude d'impact[866]. Fort d'un tel constat, le juge de la constitutionnalité aurait pu en conclure, systématiquement, que la procédure de l'article 39, alinéa 4 de la Constitution n'ayant pas été sollicitée, ce n'était pas au juge de la constitutionnalité de vérifier si les règles fixées par la loi du 15 avril 2009 avaient été respectées. Pourtant, il ajoute dans ces trois décisions « qu'au regard du contenu de l'étude d'impact, le grief tiré de la méconnaissance

[862] « Commentaire de la décision n° 2010-603 DC du 11 février 2010 », *CCC*, n°28, 2010, disponible à l'adresse, p. 5:
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2010603dc/ccc_603dc.pdf.
[863] J. Sirinelli, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RDP*, n° 5, 2010, p. 1367.
[864] Décision n° 2011-631 DC du 09 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *Journal officiel* du 17 juin 2011, p. 10306.
[865] Décision n° 2013-667 DC du 16 mai 2013, Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, *Journal officiel* du 18 mai 2013 p. 8258 ; Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *Journal officiel* du 18 mai 2013 p. 8281, texte n° 10 ; Décision n°2013-687 du 23 janvier 2014, Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, *Journal officiel* du 28 janvier 2014 p. 1622, texte n° 7.
[866] Décision n° 2013-667 DC du 16 mai 2013, Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, *Journal officiel* du 18 mai 2013 p. 8258 et décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *Journal officiel* du 18 mai 2013 p. 8281, texte n° 10.

de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 doit être écarté »[867]. En conséquence, le juge de la constitutionnalité a examiné, dans les trois cas, le contenu de l'étude d'impact. Ainsi, dès lors que les parlementaires saisissants font référence à l'insuffisance de l'étude d'impact, le Conseil constitutionnel analyse son contenu sans même avoir été saisi sur le fondement de l'article 39, alinéa 4 de la Constitution. Le juge de la constitutionnalité exerce donc, timidement, une compétence ne relevant pas de son office.

En revanche, au début de l'année 2014, l'exercice de cette attribution par le juge de la constitutionnalité est plus flagrant. En effet, la décision n° 2013-683 DC du 16 janvier 2014[868] opère un tournant puisque le juge de la constitutionnalité accepte de connaître, en qualité de juge d'appel, de l'étude d'impact. La Conférence des Présidents de l'Assemblée nationale, saisie d'une contestation de cette dernière, avaient refusé d'accueillir ce moyen et d'y « donne[r] suite »[869]. Le Conseil constitutionnel accepte alors d'intervenir en second ressort. De cette façon, « l'autonomie parlementaire »[870] est respectée puisqu'au préalable une contestation doit être formulée auprès de la Conférence des présidents qui doit contrôler, en premier lieu, l'étude d'impact. Bien que le Conseil n'intervienne qu'en qualité de juge d'appel, le juge de la constitutionnalité accepte néanmoins d'exercer une compétence attribuée au juge de la répartition des compétences normatives.

Alors que dans de sa décision n° 2014-12 FNR du 1er juillet 2014, le Conseil a explicitement refusé de contrôler la constitutionnalité du projet de loi[871], le juge de la constitutionnalité, quant à lui, ne s'estime pas incompétent pour juger de la conformité d'une étude d'impact aux conditions de la loi organique. Il a donc empiété de façon indéniable sur la compétence du juge de la répartition des compétences normatives. Ainsi, le doute a été levé[872] sur « la question de savoir si le Conseil, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois organiques et ordinaires opéré sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, pourra ou non être conduit à examiner la conformité des études d'impact à la loi organique, notamment lorsque

[867] Considérants 4 des décisions n° 2013-667 DC du 16 mai 2013 et n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 ; Considérant 48 de la décision n°2013-687 du 23 janvier 2014.
[868] Décision n° 2013-683 DC du 16 janvier 2014, Loi garantissant l'avenir et la justice du système de retraites, *Journal officiel* du 21 janvier 2014 p. 1066, texte n° 2.
[869] Considérant 4 de la décision n° 2013-683 DC du 16 janvier 2014.
[870] S. Hutier, « Retour sur un moyen récurrent : les malfaçons de l'étude d'impact des projets de loi », art. cité, p. 79.
[871] Considérant 3 de la décision n° 2014-12 FNR du 1er juillet 2014.
[872] « est restée non résolue la question de savoir si, outre la voie particulière de l'article 39, alinéa 4, le Conseil constitutionnel pourra être saisi dans le cadre de l'article 61,de la Constitution, de griefs dénonçant la méconnaissance des dispositions du troisième alinéa, de l'article 39 », voir en ce sens « Commentaire de la décision n°2009-579 DC du 9 avril 2009 », *CCC*, n°27, 2009, disponible à l'adresse, p. 6 : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2009579dc/ccc_579dc.pdf.

la Conférence des présidents ne se sera pas prononcée explicitement ou lorsque, après en avoir débattu, elle aura considéré que les règles de présentation étaient respectées »[873]. D'autant que le Conseil confirme sa jurisprudence en acceptant d'être saisi de moyen contestant l'étude d'impact[874]. Pour le juge de la constitutionnalité, cette nouvelle exigence pesant sur les projets de loi est une aubaine et il l'a utilisée comme une arme contre le Gouvernement[875]. Toutefois, malgré cette « juridictionnalisation des études d'impact »[876], le Conseil n'a jamais censuré une loi au motif que son étude d'impact était insuffisante[877]. Pourtant, son caractère incomplet peut altérer la sincérité et la clarté des débats[878] résultant du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution et de l'article 6 de la DDHC[879].

Toutefois, le contrôle de l'étude d'impact par le juge de la constitutionnalité a un avenir incertain. En effet, dans une décision DC du 13 août 2015[880], la Haute instance écarte le grief relatif à l'étude d'impact au motif qu'aucune contestation relative au contenu de cette étude n'a été formulée devant la Conférence des présidents[881]. Il applique donc sa jurisprudence résultant de la décision DC du 16 janvier 2014[882]. Toutefois, une différence apparaît : la formule habituellement employée, « au regard du contenu de l'étude d'impact », n'est pas utilisée dans la décision de 2015 alors qu'elle l'avait été dans celle de 2014. Il faut alors se référer au commentaire de la décision pour comprendre que le juge de la constitutionnalité se refuse désormais à examiner le contenu de l'étude d'impact si la question n'a pas été soulevée préalablement devant la Conférence des présidents[883]. En l'espèce, le Conseil constitutionnel

[873]« Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi », par MM. Claude Goasguen et Jean Mallot, Députés, disponible à l'adresse : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2094.asp.
[874] Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *Journal officiel* n°0181 du 7 août 2015, p. 13616, texte n° 2, cons. 5.
[875] A. Haquet, « Les études d'impact des projets de loi : espérances, scepticisme et compromis », *AJDA*, 2009, p. 1986.
[876] S. Hutier, « Retour sur un moyen récurrent : les malfaçons de l'étude d'impact des projets de loi », art. cité, p. 77.
[877] B.-L. Combrade, « À qui profite l'étude d'impact ? », *LPA*, n° 17, 2012, p. 6.
[878] B.-L. Combrade, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, *op. cit.*, p. 120.
[879] Décision n° 2005-526 DC du 13 octobre 2005, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, *Journal officiel* du 20 octobre 2005, p. 16610, texte n° 58, cons. 5 ; Décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale, *Journal officiel* du 28 juin 2009, p. 10867, texte n° 16, cons. 3.
[880] Décision n° 2015-718 DC du 13 août 2015, Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, *Journal officiel* n°0189 du 18 août 2015 p. 14376 texte n° 4.
[881] Considérant 4 de la décision n° 2015-718 DC du 13 août 2015.
[882] Décision n° 2013-683 DC du 16 janvier 2014.
[883] « Dans la décision du 13 août 2015 commentée, le Conseil constitutionnel a considéré que des griefs tirés de la méconnaissance des exigences relatives au contenu de l'étude d'impact ne sauraient être examinés que si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie du projet de loi a été au préalable saisie de cette question. », voir « Commentaire de la décision n°2015-718 », p. 6, disponible à l'adresse :

ne s'est donc pas « approprié ce nouveau dispositif »[884] puisque la condition faisait défaut. Dans les décisions ultérieures[885], l'exigence fixée dans la décision de 2014 n'apparaît pas non plus. Il décide en conséquence de rejeter, à chaque fois, le grief arguant de l'insuffisance de l'étude d'impact[886]. De la même façon, « est inopérant le grief selon lequel le Gouvernement aurait contourné » les règles procédurales fixées à l'article 39, alinéa 4 de la Constitution et à l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 « en exerçant le droit d'amendement qu'il tient du premier alinéa de l'article 44 de la Constitution »[887].

Néanmoins, cela ne signifie pas qu'il n'examinera plus les études d'impact. En effet, si la condition *sine qua non* est remplie, à savoir une contestation soulevée en premier lieu devant la Conférence des présidents, le Conseil pourra accepter de contrôler l'étude d'impact vis-à-vis de la loi organique du 15 avril 2009. Le juge de la constitutionnalité s'est ainsi approprié une compétence que le Conseil détient en vertu de l'article 39, alinéa 4. Il est donc, en partie, à l'origine de la désuétude de la procédure FNR. Le constat est identique lorsque le juge de la constitutionnalité examine le bien-fondé des irrecevabilités législatives.

§2 : L'examen du bien-fondé des irrecevabilités législatives en l'absence de saisine

Le juge de la constitutionnalité sauvegarde les prérogatives du Parlement en examinant les irrecevabilités législatives, opposées par le Gouvernement à l'encontre des amendements parlementaires, alors qu'il s'agit d'une compétence du juge de la répartition des compétences normatives. La Constitution de 1958 prévoit trois types d'irrecevabilité : l'irrecevabilité de procédure, l'irrecevabilité financière et l'irrecevabilité législative.

L'article 44, alinéa 2 de la Constitution prévoit qu'« après l'ouverture du débat, le Gouvernement peut s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'a pas été antérieurement

https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2015718dc/2015718dc_ccc.pdf.

[884] B.-L. Combrade, « La simplification de la loi passera par l'étude d'impact (Assemblée nationale, « Rapport d'information n° 2268 au nom de la mission d'information sur la simplification législative », 9 octobre 2014, 399 p.) », *Constitutions*, 2014 p. 460.

[885] Décision n° 2018-769 DC du 4 septembre 2018, Loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel, *Journal officiel* n°0205 du 6 septembre 2018, texte n° 2 ; Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, *Journal officiel* n°0209 du 11 septembre 2018, texte n° 2.

[886] Considérants 4 des décisions n° 2018-769 DC du 4 septembre 2018 et n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018.

[887] Considérant 6 de la décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice du XXI[ème] siècle, *Journal officiel* n°0269 du 19 novembre 2016 texte n° 4. Voir aussi, le considérant 14 de la décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, Loi de modernisation de notre système de santé, *Journal officiel* n°0022 du 27 janvier 2016 texte n° 2.

soumis à la commission ». L'irrecevabilité de procédure est consacrée par cet article mais a connu une faible application. S'agissant de l'irrecevabilité financière, celle-ci est considérée comme une obligation[888]. Déjà prévue dans la Constitution de 1946[889], elle est consacrée à l'article 40 de la Constitution de 1958. Sont ainsi irrecevables « les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement (…) lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique »[890]. Chaque assemblée veille à éviter la création de dépenses sans qu'aucune procédure ne soit prévue par la Constitution. En effet, pour les propositions de loi, le bureau de l'assemblée se charge d'un tel contrôle[891] ; concernant les amendements, c'est le Président de la commission compétente[892]. Si la proposition de loi ou l'amendement est déclaré irrecevable, le dépôt est refusé.

---

[888] J.-P. Camby et P. Servent, *Le travail parlementaire sous la cinquième République*, *op. cit*., p. 94.

[889] Article 17 de la Constitution de 1946 : « Les députés à l'Assemblée nationale possèdent l'initiative des dépenses. Toutefois, aucune proposition tendant à augmenter les dépenses prévues ou à créer des dépenses nouvelles ne pourra être présentée lors de la discussion du budget, des crédits prévisionnels et supplémentaires ».

[890] Article 40 de la Constitution de 1958.

[891] Article 89, alinéas 1 et 4 du règlement de l'Assemblée nationale : « Les propositions de loi présentées par les députés sont transmises au Bureau de l'Assemblée ou à certains de ses membres délégués par lui à cet effet. Lorsqu'il apparaît que leur adoption aurait les conséquences prévues par l'article 40 de la Constitution, le dépôt en est refusé. (…)
Les dispositions de l'article 40 de la Constitution peuvent être opposées à tout moment aux propositions de loi et aux amendements, ainsi qu'aux modifications apportées par les commissions aux textes dont elles sont saisies, par le Gouvernement ou par tout député. L'irrecevabilité est appréciée par le président ou le rapporteur général de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire ou un membre de son bureau désigné à cet effet ».

[892] Article 89, alinéa 3 du règlement de l'Assemblée nationale : « La recevabilité des amendements déposés sur le bureau de l'Assemblée est appréciée par le Président. Leur dépôt est refusé s'il apparaît que leur adoption aurait les conséquences prévues par l'article 40 de la Constitution. En cas de doute, le Président décide après avoir consulté le président ou le rapporteur général de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire ou un membre de son bureau désigné à cet effet ; à défaut d'avis, le Président peut saisir le Bureau de l'Assemblée ».
Article 28ter du règlement du Sénat : « Deux semaines au moins avant la discussion par le Sénat d'un projet ou d'une proposition de loi, sauf dérogation accordée par la Conférence des présidents, la commission saisie au fond se réunit pour examiner les amendements déposés en vue de l'établissement de son texte, au plus tard l'avant-veille de cette réunion, et établir son texte. Ce délai n'est applicable ni aux amendements du Gouvernement, ni aux sous-amendements. Il peut être ouvert de nouveau sur décision du président de la commission. Le président de la commission contrôle la recevabilité financière des amendements au regard de l'article 40 de la Constitution. Les amendements peuvent être communiqués à la commission des finances, qui rend un avis écrit sur leur recevabilité au regard de l'article 40 de la Constitution. Les amendements déclarés irrecevables ne sont pas mis en distribution. La commission est compétente pour se prononcer sur les autres irrecevabilités, à l'exception de celle fondée sur l'article 41 de la Constitution.
Le rapport de la commission présente le texte qu'elle propose au Sénat et les opinions des groupes. Le texte adopté par la commission fait l'objet d'une publication séparée.
La commission détermine son avis sur les amendements déposés sur le texte qu'elle a proposé avant le début de leur discussion par le Sénat. La commission saisie au fond est compétente pour se prononcer sur leur recevabilité, sans préjudice de l'application des articles 40 et 41 de la Constitution, ainsi que de l'article 45 du présent Règlement ».
Article 45 du règlement du Sénat : « La commission des finances contrôle la recevabilité financière des amendements au regard de l'article 40 de la Constitution. Les amendements déclarés irrecevables ne sont pas mis en distribution ».

Quant à l'irrecevabilité de l'article 41 de la Constitution, celle-ci est différente de l'irrecevabilité financière en ce qu'elle sanctionne une méconnaissance de la répartition des compétences normatives. L'article 41 prévoit que « s'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité ». L'article 41 de la Constitution est un mécanisme du parlementarisme rationalisé : les rédacteurs de 1958 consacraient « dans ce dispositif (…) une arme gouvernementale particulièrement avilissante pour le Parlement »[893]. En effet, il permet au pouvoir réglementaire de faire respecter son domaine au cours de la procédure législative. Autrefois, seul le Gouvernement disposait de cette prérogative[894]. Désormais, l'irrecevabilité est susceptible d'être opposée par le Gouvernement et également par le Président de l'assemblée. Il s'agit d'une nouveauté résultant de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008[895]. « Grâce à la réécriture de l'article 41 de la Constitution, les Présidents des assemblées deviennent donc de véritables gardiens de la qualité de la loi et, *in fine*, de la protection de la Constitution »[896].

Toutefois, ce système d'irrecevabilité législative, inconnue dans les Constitutions des pays voisins[897], n'aboutit pas systématiquement à une saisine du Conseil constitutionnel. Ce n'est que si le désaccord persiste que la Haute instance est appelée à statuer. L'irrecevabilité législative de l'article 41 de la Constitution peut être opposée aux propositions de lois[898], aux

[893] C. Vintzel, *Les armes du Gouvernement dans la procédure législative*, *op. cit.*, p. 151.
[894] Décision n° 95-366 DC du 8 novembre 1995, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, *Journal officiel* du 11 novembre 1995, p. 16658, cons. 21.
[895] Avant 2008, seul le Gouvernement pouvait opposer l'irrecevabilité.
[896] A. de Montis et P. Monge, « Le Sénat et le renouveau de l'article 41 de la Constitution », *RFDC*, n° 112, 2017, p. 869.
[897] C. Vintzel, *Les armes du Gouvernement dans la procédure législative*, *op. cit.*, p. 150.
[898] Décision n° 79-11 FNR du 23 mai 1979, Proposition de loi tendant à compléter l'article L 222-1 du Code du travail (8 mai, jour férié), *Journal officiel* du 25 mai 1979 ; Décision n° 77-9 FNR du 07 juin 1977, Proposition de loi de M Legrand relative à l'organisation de la Sécurité sociale dans les mines, *Journal officiel* du 9 juin 1977 ; Décision n° 68-8 FNR du 27 novembre 1968, Proposition de loi de M Courrière et de M Brousse tendant à la reconnaissance de la qualité de combattant à certains militaires et anciens militaires ayant pris part aux combats en Algérie, au Maroc et en Tunisie, *Journal officiel* du 1er décembre 1968 ; Décision n° 66-7 FNR du 21 décembre 1966, Proposition de loi de M Baudis, député, telle qu'elle résulte du rapport de la commission spéciale, concernant l'indemnisation des dommages subis par les Français rapatriés d'outre-mer, *Journal officiel* du 31 décembre 1966 ; Décision n° 64-6 FNR du 22 mai 1964, Proposition de loi déposée par M Menu, sénateur, tendant à modifier l'article 1er du Livre IV du Code du Travail, instituant les Conseils de Prud'hommes, *Journal officiel* du 31 mai 1964 ; Décision n° 63-5 FNR du 11 juin 1963, Propositions de loi déposées par M. Vallin et par M. Dassaud, sénateurs, relatives à l'extension à tous les salariés du secteur privé du bénéfice de la prime spéciale uniforme mensuelle de transport instituée dans la première zone de la région parisienne, ainsi que du supplément à cette prime, *Journal officiel* du 14 juin 1963, p. 5306 ; Décision n° 61-3 FNR du 8 septembre 1961, Proposition de loi déposée par M. Blondelle, sénateur, et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prix d'objectif de certains produits agricoles, *Journal officiel* du 9 septembre 1961, p. 8427 ; Décision n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959, Proposition de loi déposée par MM.

amendements parlementaires[899] et aux amendements d'origine gouvernementale[900], mais est inopérante pour l'examen d'un projet ou d'une proposition de loi constitutionnelle[901]. En outre, elle sanctionne les vices de forme et de procédure : c'est le cas d'un parlementaire qui utilise son droit d'amendement au lieu de présenter une proposition de loi ou lorsqu'un amendement remet en cause des accords acquis[902].

De plus, l'irrecevabilité est facultative. Alors même que l'amendement ou la proposition de loi empiète manifestement sur le domaine réglementaire, le Gouvernement ni le Président de la chambre n'a pas d'obligation constitutionnelle d'opposer l'irrecevabilité. En conséquence, de nombreuses lois envahissent le domaine réglementaire. La saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61 de la Constitution n'y change rien puisqu'il refuse d'autoriser le Gouvernement à délégaliser[903] dans le cadre du contrôle *a priori*. Le dernier remède pour le Gouvernement réside donc dans l'article 37, alinéa 2 de la Constitution.

La procédure FNR est rarement utilisée jusqu'à son terme. Néanmoins, c'est un mécanisme menaçant[904] même si aucune décision n'a été rendue depuis le 23 mai 1979[905]. La jurisprudence de la Haute instance sur le fondement de l'article 41 de la Constitution[906] est, en effet, pauvre en raison du caractère chronophage et « paralysant »[907] de cette procédure. Plus précisément, en cas d'irrecevabilité législative et de désaccord persistant, la discussion est interrompue jusqu'à la décision FNR du Conseil qui doit être rendue dans les huit jours à compter de la

---

Bajeux et Boulanger, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages (et à abroger le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme), *Journal officiel* du 14 janvier 1960, p. 441.

[899] Décision n° 79-10 FNR du 26 avril 1979, Amendements au projet de loi relatif aux économies d'énergie, *Journal officiel* du 27 avril 1979 ; Décision n° 61-4 FNR du 18 octobre 1961, Amendement présenté par Boscary-Monsservin, député, à un projet de loi relatif à la fixation des prix agricoles, *Journal officiel* du 19 octobre 1961, p. 9538 ; Décision n° 61-2 FNR du 30 juin 1961, Amendements présentés par M Monteil, sénateur, à un projet de loi modifiant certaines dispositions de la loi du 4 mars 1929 portant organisation des différents corps d'Officiers de l'Armée de Mer et du Corps des Equipages de la Flotte, *Journal officiel* du 12 juillet 1961, p. 6410.

[900] Aucune décision du Conseil constitutionnel n'a été rendue sur le fondement de l'article 41 de la Constitution concernant un amendement d'origine gouvernementale. Avant la révision constitutionnelle de 2008, seul le Gouvernement disposait de l'initiative d'opposer l'irrecevabilité.

[901] Sénat, « Les irrecevabilités législatives de nature constitutionnelle », 2017, p. 30, disponible à l'adresse : https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/seance/MAJ_Sept_irrecevabilites_constit.pdf.

[902] É. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, initiative législative et Constitution*, *op. cit.*, p. 53.

[903] Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4, *Journal officiel* du 31 juillet 1982, p. 2470 et décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, *Journal officiel* du 23 mars 2012, p. 5253.

[904] G. Drago, « Le partage loi/règlement : un nouvel équilibre à construire », *LPA*, n°254, 2008, p. 65 : « Au vrai, il serait inexact de dire que la procédure de l'article 41 est tombée en désuétude. Elle n'est pas conduite à son terme, mais le débat sur le caractère réglementaire d'un amendement ou d'une proposition a bien toujours lieu, comme le montre l'exemple des activités postales déjà cité ».

[905] La dernière décision en date est la décision n° 79-11 FNR du 23 mai 1979, Proposition de loi tendant à compléter l'article L 222-1 du Code du travail (8 mai, jour férié), *Journal officiel* du 25 mai 1979.

[906] Au total, seules 11 décisions depuis l'instauration du Conseil constitutionnel ont été rendues.

[907] P. Avril, J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit parlementaire*, 5ème édition, LGDJ, 2014, p. 248.

saisine. À cette occasion, le Conseil constitutionnel a pu affirmer que la seule compétence qu'il exerçait lorsqu'il était saisi par le Gouvernement ou le Président de l'assemblée consistait à juger du caractère réglementaire ou législatif de l'amendement ou de la proposition[908]. Il soutient ainsi que le contrôle de constitutionnalité est une compétence résultant d'un autre office. En d'autres termes, le juge de la répartition des compétences normatives doit se cantonner à ses attributions et ne pas exercer celle du juge de la constitutionnalité.

En revanche, étonnamment, le Conseil s'autorise à examiner le bien-fondé d'une irrecevabilité de l'article 41 de la Constitution lorsqu'il est saisi comme juge de la constitutionnalité. À cet égard, il est nécessaire d'opérer un parallèle avec l'irrecevabilité financière. Dans la décision DC du 20 juillet 1977[909], le juge considère que pour admettre qu'un amendement ou une proposition de loi méconnaît l'article 40 de la Constitution, il faut nécessairement une première contestation lors des débats parlementaires.

Cette « règle dite du préalable parlementaire »[910] a été étendue, dans un premier temps timidement, à l'article 41 de la Constitution par la décision DC du 23 janvier 1987[911]. La loi, dont le juge de la constitutionnalité était saisi, modifiait une ordonnance alors que le délai d'habilitation continuait de courir : le législateur empiétait sur une matière qu'il avait temporairement déléguée. Les députés saisissants considèrent que la procédure législative contrarie la Constitution et plus précisément l'article 41. Celui-ci prévoit la possibilité d'opposer l'irrecevabilité lorsqu'une proposition de loi ou un amendement est contraire à une délégation de l'article 38 de la Constitution. Toutefois le Conseil juge que la procédure législative est conforme à la Constitution étant donné « qu'au cours de la discussion devant le Parlement de la proposition de loi qui est à l'origine de la loi présentement examinée, le Gouvernement n'a opposé aucune irrecevabilité comme il aurait eu la faculté de le faire »[912]. Le juge de la constitutionnalité estime que l'article 41 de la Constitution n'est pas méconnu. Ainsi, si le Gouvernement avait opposé l'irrecevabilité, le Conseil constitutionnel aurait été

[908] Décision n° 79-10 FNR du 26 avril 1979, cons. 5.
[909] Décision n° 77-82 DC du 20 juillet 1977, Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes relatives à la coopération intercommunale et notamment de ses articles 2, 4, 6 et 7, *Journal officiel* du 22 juillet 1977, p. 3885.
[910] « Commentaire de la décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015 », p. 8, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2014709dc/2014709dc_ccc.pdf.
[911] Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *Journal officiel* du 25 janvier 1987, p. 924.
[912] Considérant 14 de la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987.

susceptible de « vérifier le bien-fondé des exceptions d'irrecevabilité opposées avec succès par le Gouvernement »[913].

D'ailleurs, dans un second temps, le Conseil a accepté explicitement, dans la décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994[914], d'être « juge d'appel »[915] des irrecevabilités opposées par le Gouvernement. Saisi d'un texte controversé, le Conseil constitutionnel a dû se prononcer sur la loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales qui avait connu une procédure législative « houleuse »[916]. En effet, cinquante amendements se sont vus opposer l'irrecevabilité au titre de l'article 41 de la Constitution, étant précisé que, lorsqu'une exception d'irrecevabilité est soulevée, seul le Président de l'assemblée concernée[917] décide de l'approuver ou de la contester[918]. Ainsi, si la décision du Président de la chambre est en désaccord avec celle du Gouvernement, la procédure législative est suspendue jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel ait rendu une décision FNR. Toutefois, puisqu'en 1993, le juge de la répartition des compétences normatives n'a pas été saisi : le Président de l'assemblée a accepté toutes les irrecevabilités opposées par le Gouvernement à l'encontre des amendements.

Pour autant, le juge de la constitutionnalité a décidé qu'il « ne peut être saisi de la conformité de la procédure aux dispositions restreignant le droit d'amendement (…) que si la question de la recevabilité de l'amendement dont il s'agit a été soulevée devant l'assemblée parlementaire concernée »[919]. Il accepte ainsi d'examiner le bien-fondé de l'irrecevabilité de

---

[913] É. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, initiative législative et Constitution, op. cit.*, p. 213.
[914] Décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales, *Journal officiel* du 15 janvier 1994, p. 829.
[915] É. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, initiative législative et Constitution, op. cit.*, p. 214.
[916] M. Verpeaux et B. Mathieu, « Note sous décision n° 94-329 DC », *LPA*, n°38, 1995, p. 4.
[917] Article 45, alinéa 7 du Règlement du Sénat : « L'irrecevabilité tirée de l'article 41, premier alinéa, de la Constitution peut être opposée par le Gouvernement ou par le Président du Sénat à une proposition ou à un amendement avant le commencement de sa discussion en séance publique. Lorsqu'elle est opposée par le Gouvernement ou par le Président du Sénat en séance publique, la séance est, s'il y a lieu, suspendue jusqu'à ce que le Président du Sénat ou, selon le cas, le Gouvernement ait statué, si l'irrecevabilité est opposée à une proposition ; si elle est opposée à un amendement, la discussion de celui-ci et, le cas échéant, celle de l'article sur lequel il porte est réservée jusqu'à ce que le Président du Sénat ou, selon le cas, le Gouvernement ait statué ».
Article 93, alinéa 2 du Règlement de l'Assemblée nationale : « Lorsque l'irrecevabilité est opposée par le Gouvernement, le Président de l'Assemblée peut, le cas échéant après consultation du président de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République ou d'un membre du bureau désigné à cet effet, admettre l'irrecevabilité. Si l'irrecevabilité est opposée par le Gouvernement alors que la discussion est en cours, l'examen de l'amendement, de l'article ou du texte peut être suspendu ou réservé jusqu'à ce que le Président de l'Assemblée ait, dans les mêmes conditions, statué ».
[918] Si besoin est, le Président du Sénat peut consulter le président de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale ou un membre du Bureau de cette commission désigné à cet effet et le Président de l'Assemblée nationale peut consulter le président de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République ou d'un membre du bureau désigné à cet effet.
[919] Considérant 18 de la décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994.

l'article 41 au cours de la procédure législative, seulement si deux conditions cumulatives sont réunies : d'une part, la question doit avoir été soulevée au cours des débats devant l'assemblée concernée et, d'autre part, le contenu de la décision d'irrecevabilité doit avoir été contesté. En conséquence, en séance publique[920], l'irrecevabilité doit faire l'objet d'une querelle puisque la simple discussion ne suffit pas[921]. Ces exigences étant relativement aisées à respecter, le juge de la constitutionnalité peut facilement empiéter sur les compétences du juge de la répartition des compétences normatives.

Ainsi, le juge de la constitutionnalité accepte de contrôler les irrecevabilités législatives en admettant une méconnaissance du droit d'amendement des parlementaires[922]. Il établit donc un lien entre la procédure législative et les irrecevabilités législatives pour justifier son contrôle. Cette décision constitue une véritable innovation car le juge de la constitutionnalité est conduit à exercer un contrôle au fond des irrecevabilités de l'article 41[923]. Il s'arroge ainsi une compétence résultant d'un autre office. Cette jurisprudence contribue ainsi à l'abandon de la procédure FNR. D'autant que, de manière presque inaperçue, en 2015[924], l'exigence du préalable parlementaire a étendu au dernier alinéa de l'article 45 de la Constitution[925]. Le juge de la constitutionnalité constate que le droit d'amendement a été méconnu[926]. Or, étant donné que « la question de la recevabilité de l'amendement (…) [n'a pas] été soulevée devant l'assemblée parlementaire concernée »[927], le juge de la constitutionnalité refuse d'admettre que

[920] Considérant 5 de la décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994.
[921] Considérant 19 de la décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994.
[922] M. Verpeaux et B. Mathieu, « Note sous décision n° 94-329 DC », art. cité, p. 4.
[923] P. Avril et J. Gicquel, « Note sous décision n° 94-329 DC », *Pouvoirs*, n°70, 1994, p. 184.
[924] Décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015, Loi relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, *Journal officiel* n°0014 du 17 janvier 2015 p. 783, texte n° 2.
[925] « Si la commission mixte ne parvient pas à l'adoption d'un texte commun ou si ce texte n'est pas adopté dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par l'Assemblée nationale et par le Sénat, demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement. En ce cas, l'Assemblée nationale peut reprendre soit le texte élaboré par la commission mixte, soit le dernier texte voté par elle, modifié le cas échéant par un ou plusieurs des amendements adoptés par le Sénat ».
[926] Considérant 14 de la décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015 : « Considérant qu'à la suite de l'échec de la procédure de la commission mixte paritaire, le Sénat a, lors de l'examen en nouvelle lecture du projet de loi, adopté un projet modifié ; que le Gouvernement a alors demandé à l'Assemblée nationale de statuer définitivement ; que, lors de l'examen du projet de loi en lecture définitive à l'Assemblée nationale, la discussion a porté sur le projet de loi adopté en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale ; que trois amendements visant à reprendre des modifications adoptées par le Sénat en nouvelle lecture ont été déclarés irrecevables au motif que ces modifications provenaient d'amendements adoptés en commission au Sénat ; qu'il a ainsi été porté atteinte au droit d'amendement en lecture définitive tel qu'il est consacré par le dernier alinéa de l'article 45 de la Constitution ».
[927] Considérant 15 de la décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015.

la procédure législative méconnaît la Constitution[928]. Dans le commentaire de la décision[929], le Conseil se réfère d'ailleurs à sa décision de 1994. La protection du Parlement, et plus spécifiquement du droit d'amendement des parlementaires, se trouve donc enrichie.

L'exercice des compétences FNR par le juge de la constitutionnalité est indubitable, qu'il s'agisse de l'analyse des études d'impact ou de l'examen du bien-fondé des irrecevabilités législatives. Le juge de la constitutionnalité empiète donc sur les attributions du juge de la répartition des compétences normatives. Loin de cloisonner ses offices, ces derniers s'entrecroisent. Néanmoins, force est de constater que c'est surtout le juge de la constitutionnalité qui statue au-delà de son office. De la même façon, ce sont les conséquences de sa jurisprudence qui provoque un abandon des procédures FNR.

Section 2 : La désuétude de la procédure FNR de l'article 41 imputable à la jurisprudence du juge de la constitutionnalité

L'irrecevabilité pouvait autrefois être opposée par le seul Gouvernement. Dans la rivalité entre les pouvoirs publics, le Gouvernement avait ainsi l'avantage puisque, à l'origine, il était le seul à pouvoir opposer l'irrecevabilité. Les parlementaires ni même le Président de l'assemblée concernée n'étaient dotés d'une telle prérogative. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs rappelé en 1995[930]. Le juge de la constitutionnalité était saisi du règlement de l'Assemblée nationale. L'article 16 de la résolution modifiant le règlement permettait à tout député de demander au Gouvernement d'opposer l'irrecevabilité au cours de la discussion en séance publique. L'ajout a été jugé contraire à la Constitution car « il ressort de l'article 41 de la Constitution (…) que la faculté d'opposer l'irrecevabilité qu'il prévoit, doit résulter de la seule initiative du Gouvernement prise sans que celui-ci ait à exposer au cours d'un débat préalable les raisons de nature à déterminer son appréciation (…) dès lors les dispositions du règlement qui permettent à tout député de demander au Gouvernement d'opposer l'irrecevabilité en provoquant, de ce fait, un débat sur cette demande, ne sont pas conformes à l'article 41 de la

[928] Considérant 16 de la décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015 : « Considérant qu'en l'espèce, lors de la lecture définitive devant l'Assemblée nationale, seul un amendement a été déclaré irrecevable en séance, les deux autres l'ayant été au stade de l'examen en commission ; qu'aucune de ces décisions d'irrecevabilité n'a été contestée en séance ; qu'ainsi, la question de la recevabilité desdits amendements n'a pas été soulevée lors des débats ».
[929] « Commentaire autorisé de la décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015 », p. 8, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2014709dc/2014709dc_ccc.pdf.
[930] Décision n° 95-366 DC du 8 novembre 1995, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, *Journal officiel* du 11 novembre 1995, p. 16658.

Constitution »[931]. Cette décision prouve que le contrôle de constitutionnalité des règlements des Assemblées est nécessaire : la Constitution est le texte suprême que le Parlement doit respecter. Les erreurs du passé ne doivent plus être reproduites. Rappelons que sous les Républiques précédentes, chaque assemblée maîtrisait son propre règlement et elle le fixait, d'ailleurs, sans toujours se soucier du texte suprême[932]. Sans l'intervention du juge de la constitutionnalité, l'article 41 de la Constitution aurait donc pu connaître une application différenciée à cause du règlement de l'assemblée.

Toutefois, la jurisprudence de la Haute instance sur le fondement de l'article 41 de la Constitution n'est pas très étoffée. En effet, au total, seules onze décisions ont été rendues, dont sept[933] en faveur du Gouvernement car concluant au caractère réglementaire des dispositions déférées[934]. Dans toutes ses décisions, le juge de la répartition des compétences normatives s'appuyait sur les articles 34 et 37 de la Constitution pour déterminer la nature de la disposition en cause. Aux débuts de la V[ème] République, le Conseil constitutionnel agissait donc comme un organe déférent puisqu'il a appliqué, conformément à la volonté des rédacteurs de la Constitution de 1958, sa compétence FNR en satisfaisant le pouvoir exécutif[935].

Néanmoins, depuis 2008, malgré la révision constitutionnelle de l'article 41, la procédure FNR n'est pas davantage utilisée jusqu'à son terme. Pourtant, les présidents des chambres en font usage[936] : « entre 2015 et 2017, 144 amendements ont été déclarés

[931] Considérant 21 de la décision n° 95-366 DC du 8 novembre 1995.
[932] J.-E. Gicquel et J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 32[ème] édition, LGDJ, 2018, p. 771.
[933] Néanmoins, une décision propose une solution hybride selon qu'une condition est réunie ou non : décision n° 63-5 FNR du 11 juin 1963, Propositions de loi déposées par M. Vallin et par M. Dassaud, sénateurs, relatives à l'extension à tous les salariés du secteur privé du bénéfice de la prime spéciale uniforme mensuelle de transport instituée dans la première zone de la région parisienne, ainsi que du supplément à cette prime, *Journal officiel* du 14 juin 1963, p. 5306.
[934] Décision n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959, Proposition de loi déposée par MM. Bajeux et Boulanger, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages (et à abroger le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme), *Journal officiel* du 14 janvier 1960, p. 441 ; Décision n° 61-2 FNR du 30 juin 1961, Amendements présentés par M Monteil, sénateur, à un projet de loi modifiant certaines dispositions de la loi du 4 mars 1929 portant organisation des différents corps d'Officiers de l'Armée de Mer et du Corps des Equipages de la Flotte, *Journal officiel* du 12 juillet 1961, p. 6410 ; Décision n° 61-3 FNR du 8 septembre 1961, Proposition de loi déposée par M. Blondelle, sénateur, et tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prix d'objectif de certains produits agricoles, *Journal officiel* du 9 septembre 1961, p. 8427 ; Décision n° 61-4 FNR du 18 octobre 1961, Amendement présenté par Boscary-Monsservin, député, à un projet de loi relatif à la fixation des prix agricoles, *Journal officiel* du 19 octobre 1961, p. 9538 ; Décision n° 64-6 FNR du 22 mai 1964, Proposition de loi déposée par M Menu, sénateur, tendant à modifier l'article 1er du Livre IV du Code du Travail, instituant les Conseils de Prud'hommes, *Journal officiel* du 31 mai 1964 ; Décision n° 66-7 FNR du 21 décembre 1966, Proposition de loi de M Baudis, député, telle qu'elle résulte du rapport de la commission spéciale, concernant l'indemnisation des dommages subis par les Français rapatriés d'outre-mer, *Journal officiel* du 31 décembre 1966.
[935] B. Delaunay, « Le Conseil constitutionnel, protecteur de l'exécutif ? » *in* P. Jan et J.-P. Roy, *Le Conseil constitutionnel vu du Parlement*, Ellipses, 1997, pp. 169-185.
[936] A. de Montis et P. Monge, « Le Sénat et le renouveau de l'article 41 de la Constitution », art. cité, p. 873.

irrecevables à ce titre par le Président du Sénat »[937]. Toutefois, les irrecevabilités qu'ils ont opposées n'ont jamais abouti à une saisine du Conseil constitutionnel.

Si le Conseil constitutionnel n'a plus été saisi sur le fondement de l'article 41 de la Constitution depuis 1979, cela résulte notamment de la jurisprudence du juge de la constitutionnalité. En effet, son contrôle sur la procédure parlementaire, et plus particulièrement l'encadrement du droit d'amendement des parlementaires, a contribué à la marginalisation de cette procédure (§1). De la même façon, la jurisprudence *Blocage des prix et revenus* (§2) et la censure des injonctions parlementaires par le juge de la constitutionnalité (§3) ont eu des effets sur le mécanisme utilisé à l'article 41 de la Constitution.

§1 : La raréfaction des irrecevabilités législatives due à l'encadrement du droit d'amendement

Le juge de la constitutionnalité n'a jamais dissimulé sa volonté de contrôler la procédure parlementaire. D'ailleurs, il s'y attèle dès 1960[938]. Néanmoins, ce n'est que depuis l'ouverture de la saisine du Conseil aux parlementaires[939] que cet examen a connu une expansion[940]. Le contrôle de la procédure parlementaire, et plus spécifiquement du droit d'amendement, s'opère à deux niveaux. Dès la première lecture, les cavaliers sont prohibés (A) tandis qu'à partir de la deuxième lecture, c'est la logique de l'entonnoir (B) qui s'applique. Ces deux mécanismes de contrôle de la procédure législative ont considérablement réduit le risque pour le Gouvernement de voir les parlementaires empiéter sur son domaine. En ce sens, les raisons du Gouvernement d'opposer l'irrecevabilité se sont amoindries.

[937] G. Carcassonne et M. Guillaume, *La Constitution*, 14ème édition, Seuil, 2017, p. 214.
[938] Décision n° 60-6 DC du 15 janvier 1960, Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, *Journal officiel* du 20 janvier 1960, p. 629.
[939] Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution, publiée au *Journal officiel* du 30 octobre 1974 p. 11035.
[940] J. Benetti, « La procédure parlementaire en question dans les saisines parlementaires », *NCCC*, n°49, 2015, p. 87.

A. La censure des cavaliers réduisant les irrecevabilités de l'article 41

Les cavaliers législatifs se distinguent des cavaliers budgétaires[941]. Les premiers sont issus de la jurisprudence du Conseil constitutionnel alors que la chasse aux cavaliers budgétaires est exigée par l'article 47 de la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances[942]. Un cavalier législatif est « une disposition étrangère à l'objet de la loi dans laquelle elle est incluse »[943]. Par exemple, une disposition relative à la représentation syndicale dans les commissions administratives paritaires compétentes pour les corps de fonctionnaires actifs de la police nationale insérée dans une loi relative à la lutte contre le terrorisme est assimilée à un cavalier[944]. Une menace d'irrecevabilité apparaît, pour la première fois, dans le règlement de la Chambre des députés sous la IIIème République, le 22 janvier 1935[945]. Sous la Vème République, la prohibition des cavaliers apparaît d'abord dans les règlements des chambres[946] avant d'entrer dans le champ de compétence du Conseil constitutionnel.

Initialement, le juge de la constitutionnalité refusait de se prononcer sur un amendement dépourvu de lien avec le texte en discussion. L'amendement étant « une suggestion de modification partielle d'un texte déposé sur le bureau d'une assemblée »[947], il incombait aux parlementaires de contester sa recevabilité avant la discussion[948]. Ainsi, le juge de la constitutionnalité ne censurait pas la procédure législative pour ce motif[949]. « Liberté garantie par l'article 44, alinéa premier de la Constitution, le droit d'amendement des parlementaires s'exerce sans aucune contrainte que celle des recevabilités »[950]. L'amendement constitue donc

[941] Appelés aussi cavaliers sociaux parce que présents dans une loi de financement de la sécurité sociale.
[942] Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances publiée au *Journal officiel* n°177 du 2 août 2001, p. 12480.
[943] B. Baufumé, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, LGDJ, 1993, p. 253.
[944] Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, *Journal officiel* du 24 janvier 2006, p. 1138, texte n° 2.
[945] B. Baufumé, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, *op. cit.*, p. 253.
[946] Article 48, troisièmement du règlement du Sénat : « Les amendements sont recevables s'ils s'appliquent effectivement au texte qu'ils visent ou, en première lecture, s'ils présentent un lien, même indirect, avec le texte en discussion ».
Article 98, alinéa 5 du règlement de l'Assemblée nationale : « Sans préjudice de l'application des articles 40 et 41 de la Constitution, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis. L'existence de ce lien est appréciée par le Président ».
[947] J.-P. Camby et P. Servent, *Le travail parlementaire sous la cinquième République*, *op. cit.*, p. 85.
[948] Décision n° 78-97 DC du 27 juillet 1978, Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises, *Journal officiel* du 29 juillet 1978, p. 2949, cons. 3.
[949] Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État, *Journal officiel* du 25 mai 1979, cons. 6.
[950] J. Benetti, *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la Vème République*, Thèse de droit, Paris I, 2004, p. 356.

un moyen pour les parlementaires de compenser la domination de l'exécutif en matière d'initiative législative, appelé d'ailleurs « initiative dérivée »[951].

Néanmoins, à compter des années 1980, la Haute instance commence, progressivement, à contrôler l'objet de certaines dispositions. L'objectif est d'éviter que le texte contienne des dispositions qui lui soient étrangères[952]. À ce titre, un tournant est opéré par la décision n° 85-199 DC du 28 décembre 1985[953]. À cette occasion, le juge de la constitutionnalité s'octroie le droit d'examiner le lien entre un amendement et le texte en discussion en se fondant sur les articles 39[954] et 44[955] de la Constitution. Il admet à cet égard « que les dispositions de l'article 9 qui réduisent le monopole des géomètres experts en modifiant le champ de la protection pénale des activités relevant de cette profession ne sont pas dépourvues de tout lien avec les autres dispositions du projet de loi ; que, dès lors, elles pouvaient être introduites dans ce projet par voie d'amendement »[956].

Depuis lors, cette jurisprudence est constante[957]. « La possibilité d'un contrôle permanent du Conseil constitutionnel sur l'exercice du droit d'amendement (…) est ainsi désormais solidement établie dans son principe : la prohibition des cavaliers législatifs (…) dispose (…) d'un fondement constitutionnel »[958]. Toutefois, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est encore timide à cette date. En effet, la décision DC du 29 décembre 1986[959] prouve que le juge

---

[951] P. Blachèr, *Le Parlement en France*, LGDJ, 2012, p. 82.

[952] Décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, *Journal officiel* du 24 juillet 1980, p. 1867, cons. 3 ; Décision n° 82-154 DC du 29 décembre 1982, Loi de finances pour 1983, *Journal officiel* du 30 décembre 1982, p. 3987 ; Décision n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, Loi de finances rectificative pour 1982, *Journal officiel* du 31 décembre 1982, p. 4034, cons. 15 ; Décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *Journal officiel* du 12 juillet 1985, p. 7888, cons. 2.

[953] Décision n° 85-199 DC du 28 décembre 1985, Loi portant amélioration de la concurrence, *Journal officiel* du 29 décembre 1985, p. 15386.

[954] Alinéas 1 à 3 : « L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement.
Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat et déposés sur le bureau de l'une des deux Assemblées. Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat.
La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique ».

[955] Alinéa 1 : « Les membres du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement. Ce droit s'exerce en séance ou en commission selon les conditions fixées par les règlements des assemblées, dans le cadre déterminé par une loi organique ».

[956] Considérant 2 de la décision n° 85-199 DC du 28 décembre 1985.

[957] Décision n° 86-220 DC du 22 décembre 1986, Loi relative à la limite d'âge et aux modalités de recrutement de certains fonctionnaires civils de l'État, *Journal officiel* du 23 décembre 1986, p. 15500, cons. 11 ; Décision n° 86-221 DC du 29 décembre 1986, Loi de finances pour 1987, *Journal officiel* du 30 décembre 1986, p. 15801, cons. 5.

[958] B. Baufumé, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, *op. cit.*, p. 259.

[959] Décision n° 86-221 DC du 29 décembre 1986, Loi de finances pour 1987, *Journal officiel* du 30 décembre 1986, p. 15801, cons. 5 : « les adjonctions ou modifications ainsi apportées au texte en cours de discussion ne sauraient,

censure uniquement si deux critères cumulatifs sont réunis, à savoir l'absence de lien entre l'amendement et le texte en discussion ainsi que le dépassement des limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement. Ces deux conditions vont de pair et sont analysées de concert[960]. Cette jurisprudence a été celle du Conseil pendant quinze années[961]. Puis, un changement apparaît avec la décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001[962]. La jurisprudence précédente « selon laquelle les adjonctions et modifications devaient, en outre, ne pas dépasser "par leur objet et leur portée, les limites inhérentes au droit d'amendement" »[963] a donc été abandonnée[964]. Grâce à cette nouvelle jurisprudence, l'exigence d'un lien constitue désormais un unique motif de censure. D'une extrême rigueur en la matière, depuis lors, le juge de la constitutionnalité soulève d'office[965] les cavaliers législatifs[966]. En 2016[967], le juge de la constitutionnalité a censuré le législateur sur ce fondement à six reprises sur un total de dix-huit décisions DC rendues relatives aux lois ordinaires ou organiques. Pour celles qui suivent, le

sans méconnaître les articles 39, alinéa 1, et 44, alinéa 1, de la Constitution, ni être sans lien avec ce dernier, ni dépasser, par leur objet et leur portée, les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement ».

[960] Voir par exemple, la décision n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, Loi portant amnistie, *Journal officiel* du 11 juillet 1989, p. 8734, Cons. 6 : « ces dispositions ne sont pas sans lien avec le texte en discussion ; que, tant par leur objet, qui est étroitement spécifié, que par leur portée, elles n'ont pas dépassé les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement ».

[961] Jurisprudence qui se confirme dans les décisions n° 88-251 DC du 12 janvier 1989, cons. 4 (Loi portant diverses dispositions relatives aux collectivités territoriales, *Journal officiel* du 13 janvier 1989, p. 524), n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, cons. 4 (Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales, *Journal officiel* du 18 janvier 1991, p. 924) ou encore n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, cons. 20 (Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, *Journal officiel* du 26 janvier 1994, p. 1382).

[962] Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, *Journal officiel* du 26 juin 2001, p. 10125.

[963] « Commentaire de la décision n° 2001-445 DC du 19 juin 200 »1, *CCC*, n°11, 2001, disponible à l'adresse, p. 3 :
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier11/ccc_445dc.pdf.

[964] Considérant 48 de la décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001 : « « les adjonctions ou modifications ainsi apportées au texte en cours de discussion ne sauraient, sans méconnaître les exigences qui découlent des premiers alinéas des articles 39 et 44 de la Constitution, être dépourvues de tout lien avec l'objet du projet ou de la proposition soumis au vote du Parlement ».

[965] Décision n° 2006-534 DC du 16 mars 2006, Loi pour le retour à l'emploi et sur les droits et les devoirs des bénéficiaires de minima sociaux, *Journal officiel* du 24 mars 2006, p. 4443, texte n° 3, cons. 7.

[966] S. Hutier, *Le contrôle de la procédure parlementaire par le Conseil constitutionnel - Étude sur la juridictionnalisation du fonctionnement des assemblées parlementaires françaises*, 2016, Fondation Varenne, p. 312.

[967] Décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *Journal officiel* n°0287 du 10 décembre 2016 texte n° 4, cons. 50, 82, 107, 122 et 135 ; Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, *Journal officiel* n°0269 du 19 novembre 2016 texte n° 4, cons. 90 et 97 ; Décision n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016, Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias, *Journal officiel* n°0265 du 15 novembre 2016 texte n° 2, cons. 31 ; Décision n° 2016-737 DC du 4 août 2016, Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, *Journal officiel* n°0184 du 9 août 2016, texte n° 5, cons. 44 ; Décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016, Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *Journal officiel* n°0184 du 9 août 2016, texte n° 8, cons. 44 ; Décision n° 2016-732 DC du 28 juillet 2016, Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, *Journal officiel* n°0186 du 11 août 2016, texte n° 2, cons. 102.

constat est moins alarmant. En effet, sur les douze lois ordinaires et organiques contrôlées par le Conseil pour l'année 2017, seule une décision[968] censure le législateur pour ce motif. S'agissant de 2018, le juge considère que la procédure législative est méconnue sur ce fondement dans cinq décisions[969] alors qu'il a rendu dix-sept décisions DC portant sur une loi ordinaire ou organique.

Le mécanisme des irrecevabilités législatives a été affecté par le contrôle prétorien du droit d'amendement. En effet, dès la première lecture, les matières sont uniquement relatives au sujet du texte en discussion. Les parlementaires sont, en ce sens, dissuadés d'introduire une disposition, empiétant sur le domaine réglementaire, qui n'aurait pas de lien avec le texte en discussion eu égard à une éventuelle censure de la part du juge de la constitutionnalité. Même si le Gouvernement détient toujours l'arme de l'article 41 afin de protéger son domaine, l'interdiction des cavaliers est une cause supplémentaire du faible usage des irrecevabilités. Les parlementaires craignent d'ailleurs, certainement, davantage la censure du juge de la constitutionnalité que l'exception d'irrecevabilité du Gouvernement qui est rarement opposée.

Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel, dans son office de juge de la constitutionnalité, influent sur l'abandon du mécanisme FNR. Néanmoins, aujourd'hui, il ne s'agit plus d'un simple mouvement jurisprudentiel puisque le constituant a consacré une telle restriction du droit d'amendement. En effet, l'article 45 de la Constitution a été modifié en ces termes : « sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis ». Cette nouvelle mouture assouplit la jurisprudence du Conseil constitutionnel puisque le caractère indirect entre l'amendement et le texte est désormais toléré. Ainsi, la probabilité qu'une disposition législative déborde sur la matière réglementaire est plus limitée grâce à la censure des cavaliers législatifs. Pour autant, il ne faut pas éluder l'objectif poursuivi par l'utilisation de la technique jurisprudentielle, aujourd'hui consacrée constitutionnellement,

[968] Décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, Loi pour la confiance dans la vie politique, *Journal officiel* n°0217 du 16 septembre 2017 texte n° 5, cons. 80.

[969] Décision n° 2018-772 DC du 15 novembre 2018, Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, *Journal officiel* n°0272 du 24 novembre 2018, texte n° 2, cons. 61 ; Décision n° 2018-771 DC du 25 octobre 2018, Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, *Journal officiel* n°0253 du 1 novembre 2018, texte n° 2, cons. 45 ; Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, *Journal officiel* n°0209 du 11 septembre 2018, texte n° 2, cons. 118 ; Décision n° 2018-769 DC du 4 septembre 2018, Loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel, *Journal officiel* n°0205 du 6 septembre 2018, texte n° 2, cons. 62, 71 et 85 ; Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *Journal officiel* n°0076 du 31 mars 2018 texte n°2, cons. 115.

des cavaliers législatifs : elle vise aussi à améliorer la qualité de la loi[970]. Si les cavaliers législatifs sont continuellement traqués, le droit d'amendement est, dès la deuxième lecture, encore plus encadré en raison de la règle de l'entonnoir.

B. L'abandon de l'irrecevabilité en raison de la règle de l'entonnoir

La règle de l'entonnoir s'applique dès la deuxième lecture d'un projet ou d'une proposition de loi. Cette technique, autrefois jurisprudentielle, réduit les cas d'empiètement du législateur sur le domaine réglementaire. En effet, à l'issue de la première lecture, les éléments susceptibles d'affecter le texte en discussion seront nécessairement en lien avec les dispositions du texte qui n'ont pas encore été adoptées.

Les parlementaires, contrairement au Gouvernement[971], voient leur droit d'amendement encadré par les articles 40[972], 41, 44[973] et 45[974] de la Constitution ainsi que par les règlements des assemblées parlementaires[975]. Toutefois, avant 2008, le principe de l'entonnoir se fondait principalement sur une jurisprudence du Conseil constitutionnel. L'entonnoir « restreint le champ du débat parlementaire, au fur et à mesure des étapes de la navette, aux seules dispositions restant en discussion sur lesquelles l'accord entre les deux chambres n'est pas réalisé »[976]. En d'autres termes, une fois qu'un accord est trouvé sur une question, il n'est plus possible de revenir dessus. Donc, restent en discussion les dispositions qui n'ont pas été votées

[970] B. Mathieu, « Le Conseil constitutionnel poursuit la chasse aux "cavaliers législatifs" ; À propos de la décision n° 2009-589 DC du 14 octobre 2009 », *JCP G*, n°45, 2009, p. 11.
[971] J.-P. Camby, *La procédure législative en France*, La documentation française, 2010, p. 33.
[972] « Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ».
[973] Alinéa 1 : « Les membres du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement. Ce droit s'exerce en séance ou en commission selon les conditions fixées par les règlements des assemblées, dans le cadre déterminé par une loi organique ».
[974] Alinéa 1 : « Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux Assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique. Sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis ».
[975] Article 108 alinéa 4 du règlement de l'Assemblée nationale : « En conséquence, les articles votés par l'une et l'autre assemblée dans un texte identique ne peuvent faire l'objet d'amendements qui remettraient en cause, soit directement, soit par des additions incompatibles, les dispositions adoptées » et article 48 alinéa 6 du règlement du Sénat : « De même est irrecevable toute modification ou adjonction sans relation directe avec une disposition restant en discussion ».
[976] J.-P. Camby, « Droit d'amendement et navette parlementaire : une évolution achevée », *RDP*, n° 2, 2006, p. 93.

en termes identiques par les deux assemblées. La navette parlementaire ne concerne ainsi que les dispositions sur lesquelles un désaccord persiste.

Autrefois, le juge de la constitutionnalité appliquait la règle de l'entonnoir en faveur du Gouvernement : seul le droit d'amendement des parlementaires était réduit. Il estimait, en effet, que le droit d'amendement du Gouvernement ne se limitait pas aux dispositions non adoptées[977], ce qui créait un véritable déséquilibre au profit de l'exécutif[978]. Cependant, un infléchissement jurisprudentiel a été opéré en 1998[979] puisqu'après la réunion de la commission mixte paritaire, les seuls amendements « susceptibles d'être adoptés » sont soit « en relation directe avec une disposition du texte en discussion, soit (…) dictés par la nécessité d'assurer une coordination avec d'autres textes en cours d'examen au Parlement tels que, par exemple, les lois de financement de la sécurité sociale et les lois de finances »[980].

La règle de l'entonnoir a été « poussée à son terme »[981] avec la décision DC du 19 janvier 2006[982]. Désormais, seules « les adjonctions ou modifications qui peuvent être apportées après la première lecture par les membres du Parlement et par le Gouvernement doivent être en relation directe avec une disposition restant en discussion »[983]. Ainsi, dès la deuxième lecture, la logique de l'entonnoir doit être respectée[984]. Cette logique permet de

[977] Décision n° 86-221 DC du 29 décembre 1986, Loi de finances pour 1987, *Journal officiel* du 30 décembre 1986, p. 15801, extrait du considérant 5 : « considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 45 de la Constitution que l'adoption par la commission mixte paritaire d'un texte commun sur les dispositions restant en discussion ne fait pas obstacle à ce que le Gouvernement, en soumettant pour approbation aux deux assemblées le texte élaboré par la commission mixte, modifie ou complète celui-ci par les amendements de son choix, au besoin prenant la forme d'articles additionnels ».
Jurisprudence confirmée à l'occasion de la décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, Loi de finances pour 1990, *Journal officiel* du 30 décembre 1989, p. 16498, cons. 21.

[978] S. Hutier, *Le contrôle de la procédure parlementaire par le Conseil constitutionnel - Étude sur la juridictionnalisation du fonctionnement des assemblées parlementaires françaises, op. cit.*, pp. 302-303.

[979] Décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *Journal officiel* du 3 juillet 1998, p. 10147, cons. 2 : « Considérant qu'il résulte des dispositions combinées des articles 39, 44 et 45 de la Constitution que le droit d'amendement, qui est le corollaire de l'initiative législative, peut, sous réserve des limitations posées aux troisième et quatrième alinéas de l'article 45, s'exercer à chaque stade de la procédure législative ; que, toutefois, il ressort de l'économie de l'article 45 que des adjonctions ne sauraient, en principe, être apportées au texte soumis à la délibération des assemblées après la réunion de la commission mixte paritaire ; qu'en effet, s'il en était ainsi, des mesures nouvelles, résultant de telles adjonctions, pourraient être adoptées sans avoir fait l'objet d'un examen lors des lectures antérieures à la réunion de la commission mixte paritaire et, en cas de désaccord entre les assemblées, sans être soumises à la procédure de conciliation confiée par l'article 45 de la Constitution à cette commission ».

[980] « Commentaire de la décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998 », *CCC*, n°5, 1998, disponible à l'adresse, p. 1 : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier5/ccc_402dc.pdf.

[981] D. Chamussy, « Le Conseil constitutionnel, le droit d'amendement et la qualité de la législation », *RDP*, n° 4, 2007, p. 1073.

[982] Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, *Journal officiel* du 24 janvier 2006, p. 1138, texte n° 2.

[983] Considérant 26 de la décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006.

[984] D. Chamussy, « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », art. cité, p. 37.

concentrer la délibération sur les dispositions non adoptées[985]. En d'autres termes, « il y a un temps pour amender et un temps pour décider »[986]. Ainsi, « le fait d'empêcher, après la première lecture, que de nouvelles discussions puissent s'ouvrir permet aux lectures qui se succèdent, d'être plus "épurées" ou plus fluides »[987].

Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises[988]. Un écueil est donc évité : celui d'adopter des amendements qui modifient, voire suppriment purement et simplement des dispositions déjà adoptées dans les mêmes termes[989]. « Le resserrement de la délibération autour des dispositions sur lesquelles les deux assemblées ne sont pas parvenues à un accord »[990] constitue à cet égard le principal objectif d'une telle consécration par le juge de la constitutionnalité.

Toutefois, il existe une double exception à la règle de l'entonnoir : elle figure dans les règlements de l'Assemblée nationale et du Sénat[991] et vise à « assurer la coordination des dispositions adoptées ou procéder à une rectification matérielle ». Le juge de la constitutionnalité a admis ces deux exceptions mais il a créé un troisième cas dérogatoire : le respect de la Constitution. En d'autres termes, depuis 2000[992], le juge de la constitutionnalité admet que les amendements pouvant être adoptés « après la réunion de la commission mixte paritaire doivent être soit en relation directe avec une disposition restant en discussion, soit dictés par la nécessité de respecter la Constitution, d'assurer une coordination avec d'autres textes en cours d'examen au Parlement ou de corriger une erreur matérielle »[993]. Ce considérant

[985] P. Avril et J. Gicquel, « Le triomphe de l'entonnoir », *LPA*, n° 33, 2006, p. 6.
[986] B. Mathieu, « Le droit d'amendement : en user sans en abuser », *AJDA*, n°7, 2006, p. 307.
[987] A. de Montis, « La validation aisée de la Loi travail par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°109, 2017, p. 209.
[988] Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, *Journal officiel* du 24 mars 2006, p. 4446, texte n° 6, cons. 6 ; Décision n° 2006-534 DC du 16 mars 2006; Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, *Journal officiel* du 2 avril 2006, p. 4964, texte n° 2, cons.6 et 7.
[989] J. Benetti, « Droit d'amendement et bicamérisme », *LPA*, n° 231, 2000, p. 12.
[990] P. Avril, J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit parlementaire*, *op. cit.*, p. 260.
[991] Article 108, alinéa 5 du règlement de l'Assemblée nationale et article 42, alinéa 11 bis du règlement du Sénat dans leur version de 2000.
[992] Décision n° 2000-430 DC du 29 juin 2000, Loi organique tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats de membre des assemblées de province et du congrès de la Nouvelle-Calédonie, de l'assemblée de la Polynésie française et de l'assemblée territoriale des îles Wallis-et-Futuna, *Journal officiel* du 5 juillet 2000, p. 10128.
[993] Considérant 7 de la décision n° 2000-430 DC du 29 juin 2000.

a été repris récemment[994] dans de nombreuses décisions. La règle de l'entonnoir n'est donc pas absolue[995] puisqu'il existe trois types d'exceptions.

Le principe de l'entonnoir a une conséquence sur l'article 41 de la Constitution puisque le risque d'un empiètement du législateur sur des matières réglementaires s'amenuise dès la deuxième lecture. En effet, après la première lecture, toutes les modifications affectant le texte devront nécessairement avoir un lien avec les dispositions non votées. « Cette démarche initiée par le Conseil constitutionnel permet, finement mais réellement, de contenir l'étendue des textes »[996]. De telle sorte que si le Gouvernement n'a pas opposé l'irrecevabilité lors de la première lecture, il y a peu de risque qu'il l'oppose pour les lectures qui suivront puisque les matières sur lesquelles porteront les adjonctions ou modifications seront en lien avec les dispositions non adoptées. Il est donc peu probable qu'elles soient réglementaires. Néanmoins, aucune interdiction ne figure dans le texte constitutionnel : le Gouvernement a la faculté d'opposer l'irrecevabilité à chaque nouvelle lecture. Toutefois, en pratique, le principe de l'entonnoir a réduit considérablement les cas pour lesquels le Gouvernement opposerait des irrecevabilités législatives. Antérieurement au triomphe de cette règle, il était plausible qu'à chaque étape de la procédure législative des amendements entièrement nouveaux, relevant du domaine réglementaire, apparaissent. Ainsi, l'article 41 avait l'intérêt d'être invocable à chaque lecture[997]. Aujourd'hui, il n'en a plus. La jurisprudence du juge de la constitutionnalité a donc eu une influence sur la saisine du Conseil constitutionnel en tant que juge de la répartition des compétences normatives. La compétence du Conseil, exercée sur le fondement de l'article 41 de la Constitution, est une attribution délaissée et ce, d'autant plus depuis 1982.

[994] Décisions n° 2016-728 DC du 3 mars 2016, Loi relative au droit des étrangers en France, *Journal officiel* n°0057 du 8 mars 2016 texte n° 2, cons. 4 ; n° 2016-736 DC du 4 août 2016, Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *Journal officiel* n°0184 du 9 août 2016, texte n° 8, cons. 46 ; n° 2016-737 DC du 4 août 2016, Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, *Journal officiel* n°0184 du 9 août 2016, texte n° 5, cons. 48 ; n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice du XXI[ème] siècle, *Journal officiel* n°0269 du 19 novembre 2016 texte n° 4, cons. 58 ; n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, *Journal officiel* n°0024 du 28 janvier 2017 texte n° 2, cons. 165 et 190.
[995] J. Benetti, « Droit d'amendement et bicamérisme », art. cité, p. 12.
[996] A. de Montis, « La validation aisée de la Loi travail par le Conseil constitutionnel », art. cité, p. 204.
[997] É. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, Initiative législative et Constitution*, *op. cit.*, p. 231.

§2 : Lois matériellement réglementaires et l'utilité du mécanisme FNR

En raison de la célèbre jurisprudence issue de la décision de 1982[998] *Blocage des prix et revenus,* la procédure FNR a perdu de son intérêt. Alors que le principal objectif était d'éviter les saisines pléthoriques du juge de la constitutionnalité, les décisions FNR n'ont pas, pour autant, été plus nombreuses. Au contraire, elles n'ont désormais plus de justification.

Pourtant, avant le revirement jurisprudentiel de 1982, l'irrecevabilité législative de l'article 41 de la Constitution était un moyen préventif d'empêcher une inconstitutionnalité au motif que la loi contenait des dispositions réglementaires. Loin d'octroyer un brevet de constitutionnalité, puisque le juge de la répartition des compétences normatives n'exerce pas les compétences du juge de la constitutionnalité[999], les décisions FNR avaient au moins le mérite éventuel d'empêcher ce motif d'inconstitutionnalité. Ces deux offices fonctionnaient donc de pair : lorsqu'une proposition ou un amendement était jugé comme empiétant sur le domaine réglementaire, la discussion parlementaire s'interrompait et il revenait au pouvoir réglementaire de reprendre ladite matière. Le juge de la constitutionnalité se voyait ainsi déchargé, ne serait-ce que partiellement, de la mission de censurer les dispositions empiétant sur le domaine réglementaire.

Dans sa décision de 1982, la Haute instance affirme que, saisie en vertu de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, elle n'a pas compétence pour sanctionner la méconnaissance de la répartition des compétences normatives. En d'autres termes, le juge de la constitutionnalité n'est pas le défenseur de l'exécutif : si le domaine réglementaire doit être protégé, c'est au Gouvernement de faire usage des mécanismes mis à sa disposition. En somme, le juge de la constitutionnalité ne lutte plus contre les errements du régime parlementaire. Cet infléchissement a eu une conséquence immédiate sur les irrecevabilités législatives. Cela aurait pu encourager le Gouvernement à en opposer davantage. En effet, il est désormais le seul à vouloir préserver le domaine réglementaire puisque le Conseil n'est plus cet organe défenseur de l'exécutif[1000]. En réalité, ce revirement a anéanti l'article 41 de la Constitution et les irrecevabilités législatives ont perdu leur principale raison d'être. Les chiffres le prouvent : le Conseil constitutionnel n'a pas été une seule fois saisi sur le fondement de l'article 41 de la Constitution depuis la décision *Blocage des prix et revenus*[1001].

---

[998] Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.
[999] Décision n° 79-10 FNR du 26 avril 1979.
[1000] J. Boulouis, « Le défenseur de l'exécutif », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 33.
[1001] La dernière décision date de 1979 (décision n° 79-11 FNR du 23 mai 1979).

En outre, il ne faut pas croire que le Gouvernement préfère utiliser la procédure de la délégalisation consacrée à l'article 37, alinéa 2 de la Constitution. La délégalisation a certes des avantages que la procédure FNR n'a pas : elle étouffe un conflit avec la majorité parlementaire et évite de freiner la procédure législative. Pour autant, le Conseil constitutionnel n'a pas davantage été saisi en vertu de l'article 37, alinéa 2. En effet entre le 1er janvier 1959[1002] et le 30 juillet 1982[1003], cent vingt-cinq décisions L ont été rendues. Or, à compter de la décision *Blocage des prix et revenus*, et jusqu'au 1er janvier 2005[1004], le nombre de décisions L rendues n'a pas explosé pour autant. Le bilan est, en somme, très modeste. En conséquence, les décisions FNR ont perdu de leur intérêt à compter de 1982 et il est illusoire de penser que l'abandon des irrecevabilités législatives a été compensé par la procédure de la délégalisation de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution.

En réalité, le Gouvernement se satisfait de cette situation[1005] résultant de la jurisprudence du juge de la constitutionnalité. À ce titre, les lois contiennent de nombreuses dispositions réglementaires[1006]. Les raisons peuvent être louables s'il en va de la cohérence[1007] mais elles le sont moins si c'est pour empêcher le contrôle du juge administratif[1008]. Ainsi, le Gouvernement, lui-même, introduit des dispositions réglementaires au sein des projets de loi. Même si le cabinet du Premier ministre a, en 2006, condamné « la pratique consistant à introduire dans les lois des dispositions qui n'ont pas de caractère législatif »[1009], le constat est implacable.

À ce titre, une proposition de loi constitutionnelle envisageait de modifier l'article 41 afin que les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne puissent pas être mis en discussion notamment « lorsqu'ils ne relèvent pas du domaine de la loi »[1010]. Cette proposition ne visait qu'à respecter la répartition des compétences normatives issue de la Constitution de 1958. Grâce à elle, les lois auraient réellement été matériellement

[1002] Date à laquelle le Conseil constitutionnel a été institué.
[1003] Date de la décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.
[1004] La comparaison est à opérer sur le même nombre d'années, soit vingt-trois ans.
[1005] J.-C. Zarka, « À propos de l'inflation législative », *D.*, 2005, p. 660.
[1006] M. Verpeaux, « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite. À propos de la décision 2005-512 DC du Conseil constitutionnel (loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école) », *D.*, 2005, p.1886.
[1007] G. Drago, « L'article 15 », *LPA*, n°97, 2008, p. 51.
[1008] B. Quiriny, « La métamorphose de l'article 41 de la Constitution », *RFDC*, n°82, 2010, p. 327.
[1009] Circulaire du 19 janvier 2006 relative au respect des articles 34 et 37 de la Constitution, *Journal officiel* n°18 du 21 janvier 2006 p. 1002.
[1010] Proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi n°1832, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 octobre 2004.

législatives, comme l'avaient souhaité les constituants. Cependant cette proposition n'a jamais été adoptée.

Toutefois, une évolution est à souligner en 2008 : le Gouvernement n'est dorénavant plus le seul à pouvoir opposer l'irrecevabilité, le Président d'une des assemblées dispose désormais de cette faculté[1011]. Dans ce cas, l'unique intérêt pour le Président de la chambre concernée est de préserver non pas le domaine réglementaire mais celui de la loi. Désormais, le domaine législatif doit être défendu car la loi est notamment encombrée de « neutrons législatifs »[1012]. D'ailleurs, c'est ce que suggérait Jean-Luc Warsmann, en intitulant l'article 15 du projet de loi constitutionnelle « protection du domaine législatif »[1013]. Le rempart n'est pas tant à l'encontre du domaine réglementaire qu'à l'égard de l'instabilité qui en découle[1014]. En effet, les lois sont « complexes [et] foisonnantes »[1015]. Conformément à un rapport du Conseil d'État[1016] ainsi que du rapport annuel de 2000 du Médiateur de la République[1017], l'accumulation des normes juridiques n'est pas propice à la sécurité juridique. Cette disposition est plus aujourd'hui perçue comme « une manière de stopper la détérioration de la qualité des lois »[1018]. Ainsi, si la procédure de l'article 41 de la Constitution a connu une mutation, les objectifs sont loin de correspondre à ceux des constituants de 1958. D'autant que le Conseil constitutionnel n'a pas, depuis, été saisi pour l'amélioration de la qualité de la loi.

La procédure FNR a donc perdu de son utilité dès lors que le juge de la constitutionnalité n'a plus censuré les dispositions réglementaires figurant dans les lois. Les décisions DC du Conseil contribue, une fois encore, à la désuétude de la procédure de l'article 41 lorsqu'elles s'interdisent les injonctions parlementaires.

[1011] « le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité ».
[1012] P. Mazeaud, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP A*, n° 3, 2005, p. 245.
[1013] Rapport n°892 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n°820) de modernisation des institutions de la V[ème] République.
[1014] L. Gauthier-Lescop, « Une résolution du Parlement pour lutter contre l'inflation normative », *RDP*, n° 1, 2007, p. 111.
[1015] J. de Clausade, « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *JCP G*, n° 12, 2006, p. 377.
[1016] « La complexité du droit engendre donc à la fois un "coût psychologique" et un "coût démocratique" », Rapport public 2006, « Sécurité juridique et complexité du droit », 30 novembre 2005, p. 273, disponible à l'adresse : http://www.conseil-État.fr/content/download/356/1096/version/1/file/rapportpublic2006.pdf.
[1017] Rapport du Médiateur de la République pour 2000, « L'inflation et l'instabilité des normes juridiques provoquent parfois, chez nos concitoyens, un grand désarroi. », p. 7.
[1018] B. Quiriny, « La métamorphose de l'article 41 de la Constitution », art. cité, p.318.

§3 : La censure des injonctions parlementaires : une compétence usurpée par le juge de la constitutionnalité

L'injonction, de manière générale, est un « ordre, [une] prescription émanant d'une autorité »[1019]. En procédure civile, il existe l'injonction de faire[1020] ou encore l'injonction de payer[1021]. En procédure administrative, l'injonction légale[1022] et l'injonction prétorienne[1023] sont utilisées par juge. En droit constitutionnel, il s'agit d'un « ordre donné par un pouvoir public à un autre d'agir ou de s'abstenir »[1024]. Les injonctions parlementaires, c'est-à-dire celles du Parlement adressées au Gouvernement, ordonnent à ce dernier par exemple de déposer un projet de loi dans un délai déterminé. Ce type d'injonction ne doit pas être confondue avec le droit à l'information des parlementaires concernant les lois de finances[1025] qui consiste simplement à apporter des informations aux parlementaires en temps utile afin qu'ils votent en connaissance de cause[1026]. Dans ce cas, il ne lui est pas imposé de déposer un projet de loi mais plutôt d'informer le Parlement[1027] ou encore de consulter une commission parlementaire[1028]. Toutefois, ceci n'est pas assimilable à l'injonction parlementaire qui met plutôt en cause le principe de séparation des pouvoirs consacré à l'article 16 de la DDHC[1029].

La procédure prévue à l'article 41 de la Constitution était, autrefois, utilisée pour empêcher une injonction parlementaire (A). Aujourd'hui, le juge de la constitutionnalité se charge de censurer le législateur sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution (B). En ce

[1019] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 550.
[1020] Introduite par le décret n°88-209 du 4 mars 1988 relatif aux petits litiges devant les tribunaux d'instance et modifiant le nouveau code de procédure civile et le code de l'organisation judiciaire, publié au *Journal officiel* du 5 mars 1988 p. 3008.
[1021] Décret-loi du 25 août 1937 réglementant les bons de caisse publié au *Journal officiel* du 28 août 1937 rectificatif du *Journal officiel* du 31 août 1937 en vigueur le 1er octobre 1937.
[1022] Créée par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.
[1023] Développée par le Conseil d'État dans les arrêts CE, Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif « Toulouse football club »*, Lebon p. 281 et CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassikiliotis*, Lebon p. 303.
[1024] J. Gicquel et P. Avril, *Lexique de droit constitutionnel*, Puf, 2013, p. 65.
[1025] Décision n° 90-285 DC du 28 décembre 1990, Loi de finances pour 1991, *Journal officiel* du 30 décembre 1990, p. 16609, cons. 15.
[1026] J.-P. Camby, « Injonction et Constitution », *RDP*, n°3, 2001, p. 644.
[1027] Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, cons. 16 : « « comporte injonction au Gouvernement d'informer le Parlement sur les orientations principales et le délai prévisionnel de publication des dispositions réglementaires qu'il doit prendre dans l'exercice de la compétence exclusive qu'il tient des articles 13 et 21 de la Constitution (…) méconnaît le principe de séparation des compétences du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire ».
[1028] Décision n° 70-41 DC du 30 décembre 1970, Loi de finances rectificative pour 1970 et notamment son article 6-1 relatif à l'agence nationale pour l'amélioration de l'habitat, *Journal officiel* du 31 décembre 1970, p. 12322.
[1029] « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

sens, il a usurpé une compétence qui, initialement, était détenue par le juge de la répartition des compétences normatives.

A. L'utilisation révolue de l'article 41 de la Constitution pour surmonter une injonction parlementaire

Selon Pierre Avril et Jean Gicquel, les injonctions sont constitutives d'un régime d'Assemblée[1030]. Pour échapper à ces « invitations au dépôt d'un projet de loi »[1031], le Gouvernement a la faculté de s'y opposer en ayant recours à la procédure de l'article 41 de la Constitution. En effet, l'expression « n'est pas du domaine de la loi », figurant dans cet article, permet d'opposer aisément l'irrecevabilité à l'encontre d'une proposition ou d'un amendement contenant une injonction parlementaire. Eu égard au caractère général de l'expression, le Gouvernement est susceptible « d'opposer l'article 41 aux initiatives parlementaires dans des cas autres que la violation stricte des articles 34 et 37 »[1032].

Ainsi, en cas d'irrecevabilité aboutissant à une saisine du Conseil constitutionnel, ce dernier se prononce avant l'adoption de la disposition litigieuse. D'où l'intérêt de saisir le juge de la répartition des compétences normatives. Néanmoins, dans le cadre de la procédure FNR, le juge n'a pas de pouvoir de censure, sa seule compétence est d'admettre le caractère législatif ou non de la disposition contestée. À cet égard, le juge de la répartition des compétences normatives n'a eu que deux occasions pour statuer sur une injonction parlementaire.

La première est consacrée dans la décision n° 61-3 FNR du 8 septembre 1961. Le juge de la répartition des compétences normatives a été saisi par le Président du Sénat à la suite d'une irrecevabilité opposée par le Premier ministre. Néanmoins, dans cette décision, le juge n'avait pas à se prononcer sur l'injonction en tant que telle puisqu'elle figurait dans une loi promulguée. Le juge devait plutôt déterminer si les modalités de fixation des prix des produits agricoles relevaient du domaine législatif ou du domaine réglementaire. Pour le Président de l'assemblée concernée, la matière en cause était législative eu égard à l'injonction figurant dans une loi du 5 août 1960[1033]. Ainsi, selon lui, le Conseil constitutionnel aurait dû déterminer la matière

[1030] J. Gicquel et P. Avril, *Lexique de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 65.
[1031] C. Vintzel, *Les armes du Gouvernement dans la procédure législative*, *op. cit.*, p. 104.
[1032] J. Foyer, « L'application des articles 34 et 37 par l'Assemblée nationale » *in Le domaine de la loi et du règlement, op. cit.*, p. 100.
[1033] Article 31, alinéas 1 et 2 de la loi n°60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole publiée au *Journal officiel* du 7 août 1960, p. 7357 : « Avant le 15 octobre 1961, le Gouvernement devra établir par décret, pour une période

législative au prétexte qu'une disposition législative contraignait le Gouvernement au dépôt d'un projet de loi. Le Président du Sénat se référait donc à un texte législatif comme s'il suffisait « que l'article d'une loi prévoie l'intervention du législateur dans tel domaine pour consacrer une nouvelle compétence du Parlement »[1034]. En outre, cette disposition constituait une obligation, adressée au Gouvernement, de déposer un projet de loi « dans le cas où la politique agricole commune n'aurait pas reçu au 1er juillet 1961 un commencement d'exécution suffisant »[1035]. Toutefois, le Conseil ne s'est pas attardé sur cette injonction puisqu'elle figurait dans une loi promulguée. Il s'est contenté[1036] de statuer sur la demande en considérant que la matière n'entrait pas dans le domaine de la loi[1037].

Un mois plus tard, la procédure FNR est à nouveau utilisée par le Premier ministre : un député a déposé un amendement déterminant les modalités d'application des prix pour les produits agricoles. Saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Conseil ne s'attarde pas sur l'injonction, comme dans sa précédente décision, mais rappelle que le législateur empiète sur le domaine réglementaire[1038]. Puis, en 1962[1039], le Conseil doit se prononcer, pour la troisième fois[1040], sur l'article 31, alinéa 2 de la loi du 5 août 1960 qui consacrait l'injonction parlementaire. Le Premier ministre lui demande l'autorisation de délégaliser, conformément à

---

de quatre années, de nouveaux prix d'objectifs pour les produits qui en bénéficient, en procédant par étapes au rapprochement des prix pratiqués à la production en application de la politique agricole commune. Dans le cas où la politique agricole commune n'aurait pas reçu au 1er juillet 1961 un commencement d'exécution suffisant, le Gouvernement déposera un projet de loi déterminant les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prochains prix d'objectifs ».

[1034] L. Favoreu et L. Philip, « Fixation des prix agricoles », *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, p. 162.

[1035] Extrait de l'alinéa 2 de l'article 31 de la loi n°60-808 du 5 août 1960 d'orientation.

[1036] La loi du 5 août 1960 méconnaissait pourtant la répartition des compétences normatives prévue par la Constitution. Toutefois, étant donné qu'à la suite de son adoption, elle n'avait pas été transmise au Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, le Conseil ne l'a pas censurée. En effet, à cette époque, ce motif constituait un vice d'inconstitutionnalité puisque la jurisprudence *Blocage des prix et revenus* ne s'appliquait pas encore.

[1037] Considérant 5 de la décision n° 61-3 FNR du 8 septembre 1961 : « Considérant enfin que, si l'article 31 de la loi d'orientation agricole dispose, dans son second alinéa, que "dans le cas où la politique agricole commune n'aurait pas reçu au 1er juillet 1961 un commencement d'exécution suffisant, le Gouvernement déposera un projet de loi déterminant les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prochains prix d'objectifs", cette disposition, dont le Conseil constitutionnel n'a pas eu, avant sa promulgation, à apprécier la conformité à la Constitution, ne saurait prévaloir sur celles des articles 34 et 37 de la Constitution et fournir un fondement suffisant à la compétence du législateur en matière de prix ».

[1038] Décision n° 61-4 FNR du 18 octobre 1961, cons. 4.

[1039] Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole, *Journal officiel* du 25 février 1962, p. 1915.

[1040] « Dès lors, on conçoit que le Conseil constitutionnel, ayant déjà deux fois constaté, au profit du Gouvernement (…) ait cru nécessaire de mettre les choses au point », L. Favoreu, L. Favoreu, L. Philip, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva et A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 200.
Ceci explique également la formulation adoptée dans la décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, extrait du considérant 2 : « la décision précitée (….) s'impose donc aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles avec la portée même que lui donnent les motifs susrappelés qui en sont le soutien nécessaire ».

l'article 37, alinéa 2 de la Constitution. Là encore, le juge de la répartition des compétences normatives ne se prononce pas sur la contrainte pesant sur le Gouvernement mais rappelle le caractère réglementaire de la matière[1041]. Ainsi, l'injonction n'est pas caractérisée dans les deux cas précités, le Conseil constitutionnel s'attarde davantage sur la violation du domaine réglementaire. En effet, à cette époque, la Haute instance est encore respectueuse des intentions des constituants, elle cherche avant tout à limiter la volonté hégémonique du Parlement.

La deuxième décision du juge de la répartition des compétences normatives concernant une injonction parlementaire date du 21 décembre 1966[1042]. À cette occasion, saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur une disposition, contenue dans une proposition de loi, faisant obligation au Gouvernement de déposer, devant le Parlement, un projet de loi[1043]. La Haute instance admet que « cette injonction ne trouve de base juridique ni dans l'article 34 ni dans aucune des autres dispositions de la Constitution portant définition du domaine de la loi ; que, dès lors, elle n'a pas le caractère législatif »[1044]. Cette décision de 1966 prouve, une fois de plus, qu'à cette époque, le Conseil constitutionnel était un organe conçu pour dompter le Parlement. D'après le juge, une disposition normative ne peut contraindre le Gouvernement à déposer un projet de loi. D'une part, la Constitution de 1958 a étroitement encadré les compétences matérielles du législateur : aucun article de la Constitution ne permet de fonder une telle compétence. D'autre part, une telle attitude du législateur méconnaît les règles de répartition des compétences entre ces deux organes : elle est contraire au « principe de spécialisation fonctionnelle »[1045].

[1041] Considérant 2 de la décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962 : « Considérant que, dans une décision en date du 8 septembre 1961, le Conseil constitutionnel a déclaré qu'une proposition de loi tendant à déterminer les conditions suivant lesquelles seraient fixés par décret les prochains prix d'objectifs de certains produits agricoles avait un caractère réglementaire au motif que les dispositions de cette proposition constituaient une intervention du législateur dans une matière (celle des prix) qui n'est pas au nombre de celles réservées à sa compétence par l'article 34 de la Constitution ; qu'un autre motif essentiel de la même décision était que la disposition de l'article 31, alinéa 2, de la loi d'orientation agricole, disposant que, "dans le cas où la politique agricole commune n'aurait pas reçu au 1er juillet 1961 un commencement d'exécution suffisant, le Gouvernement déposera un projet de loi déterminant les conditions suivant lesquelles seront fixés par décret les prochains prix d'objectifs", ne saurait prévaloir sur celles des articles 34 et 37 de la Constitution et fournir un fondement suffisant à la compétence du législateur en matière de prix ; que la décision précitée : confirmée par une décision du 18 octobre 1961 reconnaissant un caractère réglementaire aux dispositions d'un amendement présenté au projet de loi sur la fixation des prix agricoles : s'impose donc aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles avec la portée même que lui donnent les motifs susrappelés qui en sont le soutien nécessaire ».

[1042] Décision n° 66-7 FNR du 21 décembre 1966, Proposition de loi de M Baudis, député, telle qu'elle résulte du rapport de la commission spéciale, concernant l'indemnisation des dommages subis par les Français rapatriés d'outre-mer, *Journal officiel* du 31 décembre 1966.

[1043] Celui-ci devait fixer les modalités de l'indemnisation des victimes françaises rapatriées d'outre-mer ayant subis des dommages.

[1044] Considérant 6 de la décision n° 66-7 FNR du 21 décembre 1966.

[1045] C. Guettier, *Le Conseil constitutionnel et le droit parlementaire sous la V*^{ème} *République*, Tome 1, Thèse de droit public, Paris I, 1986, p. 531.

Ainsi, le législateur ne dispose pas de compétences normatives pour contraindre le Gouvernement à intervenir. Depuis lors, le juge de la répartition des compétences normatives n'a plus été saisi pour sanctionner les injonctions parlementaires. En effet, le juge de la constitutionnalité s'est emparé de ce pouvoir.

B. Des injonctions parlementaires désormais censurées par le juge de la constitutionnalité

Si le Gouvernement n'oppose pas l'irrecevabilité, alors l'injonction parlementaire serait adoptée. Le Premier ministre a trouvé le moyen de l'éviter : saisir le Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, pour qu'il censure la disposition. Étant donné que le juge de la constitutionnalité n'a pas rejeté ce moyen, le Gouvernement n'a plus d'intérêt à appliquer l'article 41 de la Constitution à ce titre. De la sorte, la jurisprudence adoptée dans les décisions DC a contribué au non-usage de la procédure FNR.

Dans une décision du 28 décembre 1976[1046], le juge de la constitutionnalité a censuré une disposition imposant au Gouvernement une date limite pour déposer un projet de loi[1047]. Dans sa lettre de saisine, le Premier ministre avait soulevé ce moyen car il n'appartient pas « au Parlement de demander au Gouvernement, dans un texte de loi, que celui-ci use de son droit d'initiative législative dans tel ou tel sens »[1048]. Pourtant, le Premier ministre aurait pu, lors des débats devant les chambres, utiliser l'article 41 de la Constitution pour empêcher son adoption. D'ailleurs, les travaux préparatoires du texte législatif prouvent qu'un ministre l'avait suggéré, avant finalement de se raviser. En effet, selon lui « la consultation de M. le président de l'Assemblée nationale retarderait d'autant les délibérations »[1049] et « la poursuite de la

[1046] Décision n° 76-73 DC du 28 décembre 1976, Loi de finances pour 1977 et, notamment ses articles 16, 27, 28, 29, 37, 87, 61 par. VI, *Journal officiel* du 29 décembre 1976, p. 7580, Cons. 8 ; Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, *Journal officiel* du 10 mai 2000, p. 6976, cons. 13 ; Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, *Journal officiel* du 24 janvier 1990, p. 972, cons. 38 et 39.

[1047] Considérant 8 de la décision n° 76-73 DC du 28 décembre 1976 : « le paragraphe VI de l'article 61 prévoit que le Gouvernement devra avant le 31 décembre 1977, déposer un projet de loi pour compléter dans certaines conditions les mesures prévues audit article ».

[1048] Lettre de saisine du Premier ministre pour la décision n° 76-73 DC du 28 décembre 1976, disponible à l'adresse :
https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-76-73-dc-du-28-decembre-1976-saisine-par-premier-ministre.

[1049] Conformément aux propos de M. Durafour, le ministre délégué auprès du Premier ministre chargé de l'économie et des finances : « L'article 41 de la Constitution me paraît opposable. En effet, il n'est pas du domaine de la loi d'enjoindre au Gouvernement de déposer un projet de loi. Mais, à cette heure tardive, je ne l'invoquerai pas, non seulement parce que la consultation de M. le président de l'Assemblée nationale retarderait d'autant les

discussion de la loi de finances »[1050]. Ainsi, le caractère chronophage de la procédure l'en aurait dissuadé.

Pour autant, le juge de la constitutionnalité aurait pu tout aussi bien refuser de censurer l'injonction au motif qu'une irrecevabilité législative aurait dû être opposée. De cette façon, le juge de la constitutionnalité aurait exigé du Premier ministre l'utilisation de l'article 41 de la Constitution. Ainsi, une jurisprudence similaire à celle de la décision de 1982 relative au *Blocage des prix et revenus*[1051] serait née. Dans cette hypothèse, l'article 61, alinéa 2 de la Constitution n'aurait pas été utilisé comme « une solution de rattrapage » [1052] compensant le non-usage de l'article 41.

Or, le Conseil a déclaré l'injonction inconstitutionnelle[1053]. Par conséquent, en adoptant cette jurisprudence, le juge de la constitutionnalité a contribué à l'abandon de la procédure FNR. Il a en effet admis « qu'une telle disposition ne trouve de base juridique ni dans l'article 34 ni dans aucune des dispositions de la Constitution et qu'elle est en contradiction avec le droit d'initiative général conféré au Premier Ministre par l'article 39 de la Constitution ». Il a d'ailleurs adopté une formulation similaire à celle de la décision FNR de 1966[1054]. Il utilise l'article 39 de la Constitution[1055] pour soutenir qu'il s'agit d'une compétence relevant de son office. Ainsi, dès lors que le juge de la constitutionnalité a accepté de censurer les injonctions parlementaires, le mécanisme de l'irrecevabilité n'a plus eu de raison d'être.

L'expérience se renouvelle trois années après, en 1979[1056]. Le Conseil constitutionnel est saisi sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution par le Premier ministre. Dans sa lettre de saisine, le Chef du Gouvernement met en exergue un amendement adopté par l'Assemblée nationale. Celui-ci exige du Gouvernement, à l'occasion de la prochaine session parlementaire de présenter des mesures pour encourager la natalité en France. Or, selon le

---

délibérations de celle-ci, mais aussi parce que j'espère vous convaincre de retirer votre amendement, ou l'Assemblée nationale de ne pas le voter. (…) Je souhaite que l'Assemblée nationale comprenne que le Gouvernement ne peut pas se laisser enfermer dans un délai de rigueur, d'ailleurs tout à fait contraire à l'article 41 de la Constitution, pour résoudre des questions aussi complexes — vous l'avez reconnu vous-même, monsieur le député — et dont les solutions seraient lourdes de conséquences ». Débats de l'Assemblée nationale, 3ème séance du 20 novembre 1976, p 8525, disponible à l'adresse : http://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1976-1977-ordinaire1/066.pdf.

[1050] Sénat, Séance du 12 décembre 1976, débats parlementaires, *Journal officiel* du 13 décembre 1976, p 4347.

[1051] Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.

[1052] B. Baufumé, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, *op. cit.*, p. 45.

[1053] Décision n° 76-73 DC du 28 décembre 1976.

[1054] Décision n° 66-7 FNR du 21 décembre 1966, cons. 6.

[1055] « L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement ».

[1056] Décision n° 78-102 DC du 17 janvier 1979, Loi portant approbation d'un rapport sur l'adaptation du VIIème Plan, *Journal officiel* du 18 janvier 1978, Recueil p. 26.

Premier ministre, cette disposition constitue une « obligation »[1057] à l'adresse du Gouvernement. Néanmoins, les débats législatifs[1058] prouvent que le Gouvernement n'a pas opposé l'irrecevabilité. Pourtant, devant le Sénat, le ministre de l'économie de l'époque, René Monory, avait souligné « qu'un amendement qui fait injonction au Gouvernement n'a pas de base constitutionnelle »[1059]. D'ailleurs, pour cette raison, il en a demandé sa suppression devant la chambre haute[1060].

À la suite de cette affirmation jurisprudentielle, les décisions DC censurant les injonctions parlementaires se multiplient. Pour le dépôt d'un projet de loi, le législateur ne peut ni fixer une date limite au Gouvernement[1061] ni lui imposer un délai imparti[1062]. Le pouvoir exécutif ne doit pas non plus subir une telle contrainte lors d'une prochaine session parlementaire[1063]. De même, le législateur n'a pas à exiger une nouvelle affectation des crédits résultant d'une diminution de dépenses[1064] et encore moins ordonner un rapport annuel sur l'utilisation des crédits[1065]. Toutefois, pour qu'une injonction parlementaire soit sanctionnée par le juge de la constitutionnalité, la disposition ne doit pas être dépourvue de portée normative[1066].

En conséquence, le juge de la constitutionnalité a adopté une jurisprudence qui le rend compétent pour censurer les injonctions parlementaires. Pourtant, le juge de la répartition des compétences normatives l'a exercé en premier, il s'est donc vu retirer une compétence. Bien

---

[1057] Lettre de saisine du Premier ministre de la décision n° 78-102 DC du 17 janvier 1979. Disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-78-102-dc-du-17-janvier-1979-saisine-par-premier-ministre.

[1058] AN, 2ème séance du 29 novembre 1978, débats parlementaires, *Journal officiel* pp. 8513 à 8515, disponible à l'adresse : http://archives.assemblee-nationale.fr/6/cri/1978-1979-ordinaire1/074.pdf.

[1059] Sénat, séance du 13 décembre 1978, débats parlementaires, *Journal officiel* du 14 décembre 1978, p. 4722.

[1060] À ce titre, un débat s'est instauré entre ce ministre et un sénateur, Louis Virapoullé.
Selon le sénateur : le ministre « a commis une erreur de droit », car il aurait dû « devant l'Assemblée nationale, invoquer le principe de l'inconstitutionnalité. Ne l'ayant pas fait, [il ne peut] plus le faire devant le Sénat ». D'autant que le sénateur précise que le ministre avait « dit que cet amendement devait être considéré comme irrecevable ». Sénat, séance du 13 décembre 1978, *Journal officiel* du 14 décembre 1978, p. 4725.

[1061] Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, *Journal officiel* du 24 janvier 1990, p. 972, Considérant 38 : « Considérant que la référence faite par ces dispositions à une réforme législative "dont le Parlement sera saisi avant le 31 décembre 1990" a le caractère d'une injonction adressée au Gouvernement de déposer un projet de loi ; qu'une telle disposition ne trouve de base juridique ni dans l'article 34, ni dans aucune des autres dispositions de la Constitution ».
Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, *Journal officiel* du 10 mai 2000, p. 6976, cons. 13.

[1062] Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, Loi d'orientation pour l'outre-mer, *Journal officiel* du 14 décembre 2000, p. 19830, cons. 55.

[1063] Décision n° 78-102 DC du 17 janvier 1979, Loi portant approbation d'un rapport sur l'adaptation du VIIème Plan, *Journal officiel* du 18 janvier 1978, Recueil p. 26, cons. 2.

[1064] Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, *Journal officiel* du 7 juin 2000, p. 8564, cons. 14.

[1065] *Ibid*.

[1066] Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, *Journal officiel* du 18 janvier 2002, p. 1053.

que le juge de la constitutionnalité n'aille pas jusqu'à soulever d'office un tel moyen[1067], l'injonction parlementaire ne devrait pas être censurée par le juge de la constitutionnalité. En effet, il s'agit davantage d'un empiètement du pouvoir législatif sur les compétences de l'organe exécutif que d'un vice de constitutionnalité.

Un seul cas permet de justifier la compétence du juge de la constitutionnalité : lorsque les injonctions figurent dans un règlement de l'une des chambres. En effet, elles échappent au mécanisme de l'article 41 de la Constitution[1068]. Dans cette hypothèse, il apparaît évident que seul le juge de la constitutionnalité peut les sanctionner. Il a d'ailleurs déjà procédé à une réserve d'interprétation pour éviter une censure[1069]. Saisi d'une résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, le Conseil devait statuer sur deux articles visant à assurer un meilleur contrôle dans l'application des lois et la mise en œuvre des conclusions des commissions d'enquête. Le premier article prévoyait qu'un député était chargé de faire état de l'application du texte, à l'issue d'un délai de six mois. Le deuxième article, ajoutant un nouvel alinéa à l'article 143 du règlement de l'Assemblée nationale, était relatif aux commissions d'enquête : il prévoyait qu'à l'issue de six mois à compter de la publication des conclusions de la commission d'enquête, un député devait rendre un rapport sur le suivi des recommandations par le Gouvernement. Le fond du problème résidait dans « la mission instaurée (…) [qui] par une sorte de glissement (…) sembl[ait] conduire à requérir leur mise en œuvre »[1070]. À ce titre, le Conseil refuse le terme de « recommandations » mais préfère celui de « conclusions ». « Au-delà du fait que l'ordonnance de 1958 envisage les conclusions des commissions d'enquête, le Conseil constitutionnel a sans doute considéré que les recommandations d'une commission d'enquête peuvent s'apparenter à une exhortation incitant le Gouvernement à leur mise en œuvre tandis que les conclusions ressemblent davantage à des propositions ou à un avis qui ne lient pas le Gouvernement »[1071]. Ainsi, le juge de la constitutionnalité a estimé que si ce rapport ne constituait pas une injonction adressée au Gouvernement, alors la nouvelle rédaction de l'article 143 était conforme à la Constitution[1072]. Sa jurisprudence en la matière est stricte :

[1067] A.-C. Bezzina, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 574.
[1068] C. Guettier, *Le Conseil constitutionnel et le droit parlementaire sous la V^ème^ République*, *op. cit.*, p. 270.
[1069] Décision n° 2004-493 DC du 26 février 2004, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale (articles 86 et 143), *Journal officiel* du 29 février 2004 p. 4164, texte n° 26.
[1070] « Commentaire de la décision n° 2004-493 DC du 26 février 2004 », *CCC*, 2004, n°16, disponible à l'adresse, p. 3:
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier16/ccc_493dc.pdf.
[1071] S. de Cacqueray, « Note sous décision n° 2004-493 DC », *RFDC*, n° 58, 2004, p. 386.
[1072] Considérant 3 de la décision n° 2004-493 DC du 26 février 2004 : « Considérant que les missions de suivi ainsi définies revêtent un caractère temporaire et se limitent à un simple rôle d'information contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement dans les conditions prévues par

d'une part, le Gouvernement n'a pas d'ordre à recevoir du Parlement et d'autre part, les commissions d'enquêtes ne doivent pas être un moyen pour les parlementaires de dicter la conduite gouvernementale. En l'espèce, le juge de la répartition des compétences normatives ne pouvait être saisi, la compétence du juge de la constitutionnalité était donc justifiée.

La jurisprudence du juge de la constitutionnalité explique en partie la désuétude de la procédure de l'article 41 de la Constitution. La procédure des irrecevabilités législatives a ainsi progressivement perdu de son intérêt. Le droit d'amendement étant encadré par le juge de la constitutionnalité, le risque de voir le législateur empiéter sur le domaine réglementaire s'amenuise. D'autant que, désormais, une loi contenant des dispositions matériellement réglementaires n'encourt plus la censure. L'œuvre du juge de la constitutionnalité n'a donc cessé d'affaiblir la procédure FNR. La censure des injonctions parlementaires dans ses décisions DC en constitue l'ultime illustration.

Conclusion du chapitre

Le juge de la constitutionnalité prétend refuser d'exercer les compétences du juge de la répartition des compétences normatives[1073]. Finalement, il se les est appropriées. En effet, il inspecte le contenu des études d'impact et s'est s'auto-proclamé juge d'appel des irrecevabilités législatives. La jurisprudence du juge de la constitutionnalité a également des conséquences sur la saisine du juge de la répartition des compétences normatives. Le premier adopte des positions qui conduisent à l'effacement du second. En encadrant le droit d'amendement, en jugeant constitutionnelles des lois matériellement réglementaires et en censurant les injonctions parlementaires, le juge de la constitutionnalité a anéanti la portée des décisions FNR. L'intérêt de saisir le juge de la répartition des compétences normatives est annihilé et la procédure FNR a été neutralisée par le juge de la constitutionnalité.

La technique du Conseil constitutionnel, consistant à rendre l'office du juge de la constitutionnalité prédominant au détriment de celui du juge de la répartition des compétences normatives, lui permet de justifier sa position institutionnelle. En d'autres termes, la protection du texte constitutionnel devient un prétexte pour exercer des compétences qui ne lui sont pas

la Constitution ; qu'en particulier, s'agissant des commissions d'enquête, dont les conclusions sont dépourvues de tout caractère obligatoire, le rapport présenté ne saurait en aucun cas adresser une injonction au Gouvernement ».

[1073] Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.

conférées sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. Ainsi, sa légitimité n'est pas remise en cause. Au contraire, son autorité est renforcée car ses décisions sont prises en tant que gardien de la Constitution.

Chapitre 2 : Les imbrications des offices valorisant le juge de la constitutionnalité

L'article 37, alinéa 1 de la Constitution prévoit qu'une matière autrefois législative peut intégrer le domaine réglementaire. En effet, selon l'article 37, alinéa 2 : « les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État ». De la sorte, le Gouvernement a la faculté de modifier une loi, prise antérieurement à 1958, par un décret, à condition de respecter une obligation procédurale : la consultation du Conseil d'État. Bien que la consultation soit obligatoire, les avis rendus ne sont pas conformes : le Gouvernement n'a pas l'obligation de les suivre. L'article 37 vise, en plus, l'hypothèse dans laquelle le législateur aurait outrepassé ses compétences. Dans ce cas, « ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire »[1074]. En d'autres termes, pour modifier une disposition législative glissée dans la matière réglementaire, le Premier ministre est contraint de saisir le Conseil constitutionnel. Il s'agit d'une procédure pacifique, à l'inverse de celle de l'article 41 de la Constitution. La délégalisation exige en effet que le texte soit adopté et promulgué, *a contrario* de l'article 41 de la Constitution.

Les articles 37, alinéa 2 et 41 de la Constitution avaient, avant la révision constitutionnelle de 2008, le même dessein, à savoir le respect du partage des compétences. Toutefois, la procédure de l'article 41 de la Constitution a connu une mutation. La possibilité offerte aux présidents des chambres d'opposer l'irrecevabilité se traduit comme « une manière de stopper la détérioration de la qualité des lois »[1075]. Pour autant, ces nouveaux objectifs n'ont pas rendu la procédure des irrecevabilités plus attractive puisque le Conseil constitutionnel n'est pas davantage sollicité.

Lorsque le juge de la répartition des compétences normatives est appelé à se prononcer, les offices sont, là encore, imbriqués. Le Conseil constitutionnel ne respecte pas strictement ses attributions. En effet, il a tendance, sur le fondement des articles 37 alinéa 2 et 41 de la Constitution, à effectuer des contrôles de constitutionnalité (Section 1). Ainsi, la Haute instance donne l'avantage à l'un de ses offices : celui du juge de la constitutionnalité. Sa prépondérance

[1074] Article 37, alinéa 2 de la Constitution.
[1075] B. Quiriny, « La métamorphose de l'article 41 de la Constitution », art. cité, p. 318.

est d'autant plus frappante que le juge de la constitutionnalité minimise les décisions rendues par le juge de la répartition des compétences normatives (Section 2).

Section 1 : L'exercice d'un contrôle de constitutionnalité par le juge de la répartition des compétences normatives

Le juge de la répartition des compétences normatives exerce, parfois, un contrôle de constitutionnalité. Pourtant, il devrait uniquement déterminer le domaine auquel appartient la matière contestée. Néanmoins, qu'il s'agisse de la procédure de délégalisation (§1) ou de l'irrecevabilité législative (§2), le Conseil constitutionnel n'exerce pas les attributions relevant de son office. En effet, il ne se contente pas uniquement d'être le juge de la répartition des compétences normatives.

§1 : Le rôle du juge de la constitutionnalité dans la procédure de délégalisation

La procédure de la délégalisation a connu de nombreuses modifications au moment de l'élaboration de la Constitution. En témoigne l'avant-projet de Constitution du 26 juillet 1958 qui consacrait la technique de la délégalisation dans un article 33, alinéa 2 : « les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent à tout moment être modifiés par voie réglementaire »[1076]. Des critiques avaient été émises : l'article 33 de l'avant-projet allait « à l'encontre du préambule (…) [puisque] la loi c'est l'expression de la volonté générale (…). Il serait donc plus sage de dire que les textes de forme législative intervenus au jour de la promulgation de la présente Constitution en ces matières peuvent à tout moment être modifiés par voie réglementaire »[1077]. De longues discussions ont ainsi occupé les constituants concernant l'article 37, alinéa 2 de la Constitution.

Finalement, le juge de la répartition des compétences normatives, saisi par le Premier ministre, se prononce sur la nature juridique d'une ou plusieurs dispositions. Si la Haute instance tranche en sa faveur, le Premier ministre pourra, éventuellement, prendre des décrets

[1076] Avant-projet de la Constitution du 26 juillet 1958 soumis au Comité consultatif constitutionnel le 29 juillet 1958, *in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958,* Volume I, *op. cit*., p. 508.
[1077] Observations sur l'avant-projet de Constitution du 29 juillet 1958 rédigées par François Luchaire, *in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958,* Volume I, *op. cit*., p. 532.

pour modifier une loi. Le juge se prononce, en ce sens, sur le partage des compétences. Néanmoins, le Conseil constitutionnel statue parfois au-delà de son office lorsqu'il rend des décisions L. En effet, il a déjà contrôlé la constitutionnalité des décrets (A), pris acte d'une inconstitutionnalité (B) et émis des « délégalisations sous réserve »[1078] en vue d'éviter une méconnaissance du texte constitutionnel (C).

A. Le contrôle de constitutionnalité indirect des décrets

Une matière consacrée dans une loi est présumée législative à moins d'une décision L du Conseil constitutionnel déclarant le contraire, conformément à l'article 26 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel[1079]. Ainsi, le juge de la répartition des compétences normatives a pour unique compétence d'autoriser le Premier ministre à édicter un décret pour modifier une loi. En d'autres termes, le chef du Gouvernement ne pourra déclasser une disposition législative au rang réglementaire seulement si la Haute instance l'y a consenti. En revanche, sur le fondement de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'apprécier la conformité à la Constitution d'une loi qui a été promulguée ; que dès lors il n'est pas compétent pour se prononcer, serait-ce sous la forme d'un avis, sur la demande dont il est saisi »[1080]. Malgré ce principe, il est arrivé au juge de la répartition des compétences normatives de vérifier, ne serait-ce qu'indirectement, la constitutionnalité des décrets.

La décision n° 63-24 L du 9 juillet 1963 en est une illustration[1081]. Saisie par le Premier ministre, la Haute instance devait déclarer le caractère réglementaire (ou législatif) des dispositions d'une ordonnance modifiant le code des douanes[1082]. Pourtant, elle a rendu un non-lieu à statuer. En effet, le Premier ministre avait déjà, avant de saisir le Conseil constitutionnel, abrogé la disposition par un décret du 22 juin 1962. Or, conformément à la décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962[1083], « lorsque le Conseil constitutionnel a décidé qu'une matière

[1078] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 107-108.
[1079] « Le Conseil constitutionnel constate, par une déclaration motivée, le caractère législatif ou réglementaire des dispositions qui lui ont été soumises ».
[1080] Décision n° 80-113 L du 14 mai 1980, Nature juridique des diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale, *Journal officiel* du 17 mai 1980, p. 1231.
[1081] Décision n° 63-24 L du 9 juillet 1963, Nature juridique de l'article 1er de l'ordonnance n° 58-1238 du 17 décembre 1958 modifiant le Code des douanes (Premier examen), *Journal officiel* du 21 juillet 1963, p. 6762.
[1082] Il s'agissait de l'article 1er de l'ordonnance n° 58-1238 du 17 décembre 1958 modifiant le Code des douanes publiée au *Journal officiel* le 18 décembre 1958, p. 11375.
[1083] Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole, *Journal officiel* du 25 février 1962, p. 1915.

n'appartenait pas au domaine réservé à la loi, le Gouvernement est fondé à prendre par décret les dispositions qu'il juge utiles en cette matière, sauf à obtenir au préalable, conformément aux prescriptions de l'article 37, alinéa 2, de la Constitution, la déclaration du caractère réglementaire de toute disposition de forme législative intervenue, après l'entrée en vigueur de la Constitution, pour régler ladite matière et dont serait envisagée la modification par ce décret »[1084].

Ainsi, pour modifier un texte de forme législative intervenu après 1958, une décision autorisant la délégalisation est nécessaire. S'étant passé de la procédure de l'article 37, alinéa 2, le décret abrogatif a été implicitement déclaré inconstitutionnel par le juge de la répartition des compétences normatives. Incidemment car la Haute instance ne peut pas statuer, dans cette hypothèse, sur un recours contre un acte administratif. En conséquence, le Conseil constitutionnel se retrouvait dans une impasse, l'unique moyen d'en sortir était de rendre un non-lieu. « En refusant de se prononcer après coup, le Conseil constitutionnel, non seulement respecte la logique des textes qui fixent sa compétence, mais encore, avertit le Gouvernement, pour l'avenir »[1085]. Avec cette décision, il s'agissait d'indiquer au Gouvernement le caractère impératif du mécanisme de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution. En effet, le Premier ministre est contraint de le saisir s'il veut modifier une disposition législative adoptée après 1958[1086]. Or, si, en l'espèce, le juge avait opté pour la nature réglementaire, la décision du Conseil aurait rétroactivement rendu le décret conforme à la Constitution. En revanche, en considérant, en définitive, la demande du Premier ministre sans objet, le Conseil dénonce l'inconstitutionnalité du décret. Ainsi, l'auteur de la saisine n'a pas respecté la procédure constitutionnelle et la décision de la Haute instance a les mêmes effets qu'une annulation contentieuse[1087]. Le Premier ministre n'a donc eu d'autre choix que de retirer le décret du 22 juin 1962[1088] permettant à l'article 1er de l'ordonnance du 17 décembre 1958 modifiant le Code des douanes de réapparaître dans l'ordre juridique. De cette façon, le juge a été de nouveau saisi sur le fondement de

[1084] Considérant 3 de la décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962.
[1085] L. Hamon, « Note sous la décision n° 63-24 L du 9 juillet 1963 », *D.*, 1964, pp. 455-456.
[1086] G. Saccone, « La répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire. De l'utilité d'invoquer la violation des articles 34 et 37 alinéa 1 dans le cadre des saisines parlementaires. », *AIJC*, 1985, p. 172.
[1087] A. Ould Bouboutt, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, *op. cit.*, p. 311.
[1088] C'est ce qu'il fait avec le décret n°63-725 du 20 juillet 1963 publié au *Journal officiel* du 21 juillet 1963, p. 6749.

l'article 37, alinéa 2. À cette occasion, il a finalement décidé que la matière relevait du pouvoir réglementaire dans la décision n° 63-25 L du 30 juillet 1963[1089].

Est encore plus remarquable la décision n° 99-186 L du 31 mai 1999[1090]. À cette occasion, le juge de la répartition des compétences normatives devait déterminer la nature juridique de l'ordonnance du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports des voyageurs dans la région parisienne[1091]. Cette saisine était assortie de deux demandes. D'abord le Premier ministre soutenait que le remplacement des mots « de la Seine, de Seine-et-Oise » par les mots « des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis, du Val-de-Marne, de l'Essonne, des Yvelines, du Val-d'Oise » relevait du pouvoir réglementaire. Le Conseil constitutionnel a admis que cette substitution ne relevait pas du législateur. Certes, une loi a supprimé les départements de la Seine et de la Seine-et-Oise[1092], mais c'est au pouvoir réglementaire qu'il incombe de remplacer ces mots : ce n'est qu'une « mesure d'actualisation »[1093]. Ensuite, était en cause le syndicat des transports parisiens qui constitue un établissement public « sans équivalent sur le plan national »[1094]. Le juge de la répartition des compétences normatives décide que seul le législateur détermine les règles constitutives ainsi que les catégories de collectivités territoriales susceptibles de l'intégrer.

Toutefois, l'office du juge de la constitutionnalité est visible car le Conseil se prononce, dans sa décision L, sur des projets de décret. Et pour preuve, le commentaire autorisé du Conseil précise explicitement « qu'il ressortait du projet de décret annexé à la demande de déclassement » que « l'intention du Gouvernement était, au sein du syndicat des transports parisiens (…) d'insérer la région Île-de-France qui n'y figurait pas » [1095]. En somme, le Conseil

[1089] Décision n° 63-25 L du 30 juillet 1963, Nature juridique de l'article 1er de l'ordonnance n° 58-1238 du 17 décembre 1958 modifiant le Code des douanes (Deuxième examen), *Journal officiel* du 13 août 1963, p. 7488.
[1090] Décision n° 99-186 L du 31 mai 1999, Nature juridique des dispositions du premier alinéa de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 modifiée relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne, *Journal officiel* du 3 juin 1999, p. 8198.
[1091] Ordonnance n°59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports des voyageurs dans la région parisienne publiée au *Journal officiel* n°0008 du 10 janvier 1959 p. 696.
[1092] Loi n° 64-707 du 10 juillet 1964 portant réorganisation de la région parisienne publiée au *Journal officiel* du 12 juillet 1964 p. 6204.
[1093] M. Fatin-Rouge Stephanini, « La répartition des compétences normatives », *AIJC*, n° XV, 1999, pp. 593-594.
[1094] Considérant 3 de la décision n° 99-186 L du 31 mai 1999. Expression utilisée dans d'autres décisions, telles que notamment la décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, *Journal officiel* du 21 janvier 1984, p. 368, cons. 8 ou encore décision n° 68-50 L du 30 janvier 1968, Nature juridique de certaines dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion-télévision française et article 52 de la loi n° 60-1384 du 23 décembre 1960, portant loi de finances pour 1961, *Journal officiel* du 1er février 1968, cons. 3.
[1095] « Commentaire de la décision n° 99-186 L du 31 mai 1999 », *CCC*, n°7, 1999, disponible à l'adresse, p. 1: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier7/ccc_186l.pdf.

devait donc déterminer la nature juridique d'une disposition législative qui était silencieuse. Alors même que le Gouvernement n'était pas dans l'obligation de fournir les projets de décrets, la Haute instance émet, en l'espèce, un « avis de constitutionnalité »[1096] à leur endroit. Le juge de la répartition des compétences normatives se prononce, une fois de plus, sur la constitutionnalité d'un éventuel futur décret. Il a donc effectué des examens insidieux de constitutionnalité. Dans d'autres hypothèses, le Conseil admet, lors de la procédure de délégalisation, une inconstitutionnalité sans pour autant exercer le pouvoir de censure qu'il détient en vertu des articles 61 et 61-1 de la Constitution.

B. Le refus de censurer une disposition jugée inconstitutionnelle

Une loi déclarée inconstitutionnelle ne peut être censurée si le Conseil constitutionnel est saisi sur le fondement de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution. Pour autant, le juge de la répartition des compétences normatives exerce des attributions ne relevant pas de son office. C'est ce dont témoigne la décision n° 95-177 L du 8 juin 1995[1097]. En l'espèce, le juge était confronté à une disposition législative manifestement inconstitutionnelle. Or, il avait été saisi afin de se prononcer sur la nature juridique des mots « en conseil des ministres » figurant dans une multitude d'articles[1098] et notamment à l'article 50 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication[1099].

L'article 13, alinéa 4 de la Constitution relatif au pouvoir de nomination du Président de la République, dispose qu'une « loi organique détermine les autres emplois auxquels il est pourvu en conseil des ministres ainsi que les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du Président de la République peut être par lui délégué pour être exercé en son nom ». La Constitution se réfère donc à une loi organique. L'ordonnance du 28 novembre 1958

[1096] F. Luchaire, « Deux décisions du Conseil constitutionnel appelées à faire jurisprudence ? », *RDP*, n°5, 1999, p. 1284.
[1097] Décision n° 95-177 L du 8 juin 1995, Nature juridique de dispositions prévoyant que certaines nominations doivent être effectuées par décret en conseil des ministres, *Journal officiel* du 10 juin 1995, p. 9008.
[1098] Article L. 532 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre ; article L. 112-3 du code des ports maritimes tel qu'il résulte de l'article 9 de la loi n° 65-491 du 29 juin 1965 publiée au *Journal officiel* du 30 juin 1965 p. 5436 ; article L. 567-3 du code de la santé publique ; article 4 de la loi n° 75-1 du 3 janvier 1975 portant création du Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou publiée au *Journal officiel* du 4 janvier 1975 p. 196 ; article 9 de la loi n° 82-155 de nationalisation du 11 février 1982, publiée au *Journal officiel* du 13 février 1982 p. 566.
[1099] Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard) publiée au *Journal officiel* du 1er octobre 1986 p. 11755.

portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État[1100] prévoit, en son article 1er que « outre les emplois visés à l'article 13 (par. 3) de la Constitution, il est pourvu en conseil des ministres : (…) Aux emplois de direction dans les établissements publics, les entreprises publiques et les sociétés nationales quand leur importance justifie inscription sur une liste dressée par décret en conseil des ministres ». En d'autres termes, l'ordonnance portant loi organique est restée en deçà de sa compétence en renvoyant à un décret. Le Gouvernement, érigé en législateur organique à cette époque en vertu de l'article 92[1101] de la Constitution, a donc fait preuve d'incompétence négative[1102].

Or, le juge de la constitutionnalité a forgé une jurisprudence constante en la matière : il censure la loi empiétant sur le domaine de compétence de la loi organique[1103]. Toutefois, en l'espèce, le juge saisi n'était pas celui de la constitutionnalité mais le répartiteur des compétences normatives. La position du Conseil était donc délicate[1104] et inconfortable[1105]. Le juge rappelle alors qu'il n'est pas en mesure de censurer la loi puisque « lorsqu'il est saisi dans les conditions prévues à l'article 37, alinéa 2, de la Constitution ». En effet, « il appartient seulement au Conseil constitutionnel d'apprécier si les dispositions qui lui sont soumises relèvent du domaine législatif ou du domaine réglementaire »[1106]. Ce considérant « signifie à l'évidence que le Conseil a parfaitement conscience de l'inconstitutionnalité des dispositions dont il est saisi ; mais il s'interdit d'en tirer les conséquences ; il effectue ainsi une totale séparation entre sa compétence dans le contrôle de constitutionnalité et sa compétence pour apprécier la nature législative ou réglementaire d'un texte de loi »[1107]. Un contrôle de constitutionnalité indirect et implicite[1108] est perceptible. Le Conseil est donc saisi d'une loi inconstitutionnelle qu'il ne peut censurer. L'office du juge de la constitutionnalité est en ce sens

[1100] Ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État, publiée au *Journal officiel* du 29 novembre 1958 p. 10687.
[1101] « Les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, au fonctionnement des pouvoirs publics seront prises en conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat, par ordonnance ayant force de loi ».
[1102] J. Trémeau, « Compétence de la loi organique pour déterminer la liste complémentaire des emplois publics pourvus en conseil des ministres », *D.*, 1997, p. 122.
[1103] Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, *Journal officiel* du 19 septembre 1986, p. 11294, cons. 87 ; Décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, *Journal officiel* du 27 décembre 1998, p. 19663, cons. 33.
[1104] Voir en ce sens J.-P. Camby, « La liste des nominations en conseil des ministres peut-elle relever de la compétence du pouvoir réglementaire ? » *LPA*, n°137, 1995, p. 26.
[1105] L. Favoreu, « Note sous la décision n°95-177 L du 8 juin 1995 », *RFDC*, n°23, 1995, p. 586.
[1106] Considérant 2 de la décision n° 95-177 L du 8 juin 1995.
[1107] F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et les nominations en Conseil des ministres », *RDP*, n°4, 1995, p. 2.
[1108] J.-E. Schoettl, « Loi, histoire et déclassement », *LPA*, n° 34, 2006, p. 3.

visible mais tous ses attributs ne sont pas déployés. Il en est également ainsi lorsque la Haute instance procède à des réserves d'interprétation dans ses décisions L.

C. La « délégalisation sous réserve » pour éviter une inconstitutionnalité future

La « délégalisation sous réserve » est une expression empruntée à Alexandre Viala[1109]. Elle désigne cette hypothèse dans laquelle le Conseil constitutionnel admet que la disposition en cause est réglementaire ou législative si son interprétation est respectée. En raison de ses réserves, notamment, les décisions L sont parfois d'une telle ambiguïté que pour un même article le législateur et le pouvoir réglementaire voient leur compétence respectivement affirmée par deux décisions L distinctes. Ce fut le cas notamment de la décision n° 69-55 L du 26 juin 1969[1110]. Le juge devait se prononcer sur la nature juridique de l'article 9, alinéa 1er, de la loi 2 mai 1930[1111] dans sa rédaction résultant des articles 6 et 7 de la loi du 28 décembre 1967[1112]. Le Conseil constitutionnel admet le caractère législatif de l'article 9, alinéa 1er, mais « en tant seulement qu'elles peuvent être regardées comme conférant un caractère explicite à l'autorisation spéciale que les propriétaires de sites ou de monuments classés ou en instance de classement doivent obtenir du ministère des Affaires culturelles pour procéder à des modifications de l'état ou de l'aspect de ces sites ou monuments ». En somme, le législateur est compétent dans la mesure où il est le seul à contrevenir au principe général du droit selon lequel le silence de l'administration vaut décision de rejet. Puis, dans une décision ultérieure[1113], le Conseil admet que l'article 9, alinéa 1er, relève de la compétence du pouvoir réglementaire pour désigner l'autorité de l'État à exercer une attribution relevant du pouvoir exécutif. Législateur et pouvoir réglementaire doivent ainsi collaborer puisque tous deux sont compétents bien que les matières soient néanmoins distinctes.

[1109] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 107-108.
[1110] Décision n° 69-55 L du 26 juin 1969, Nature juridique de certaines dispositions modifiées, des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, des articles 2 et 13 bis de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques et de l'article 98-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation, *Journal officiel* du 13 juillet 1969, p. 7161.
[1111] Loi 2 mai 1930 ayant pour objet de réorganiser la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque publiée au *Journal officiel* du 4 mai 1930.
[1112] Loi n°67-1174 du 28 décembre 1967 de programme relative à la restauration des monuments historiques et à la protection des sites publiée au *Journal officiel* du 29 décembre 1967 p. 12856.
[1113] Décision n° 88-158 L du 13 juillet 1988, Nature juridique de dispositions relatives aux sites, *Journal officiel* du 20 juillet 1988, p. 9411.

La décision L du 6 avril 1988[1114] illustre à nouveau cette délégalisation sous réserve. Le juge précisait dans quelle mesure l'article L 742-3 du code de la sécurité sociale et l'article 3 de la loi n°65-883 du 20 octobre 1965[1115] étaient de nature à la fois réglementaire et législative. Le Conseil constitutionnel émet alors des réserves en utilisant, le plus souvent, la formule « en tant que ». Par exemple, « les dispositions soumises à l'examen du Conseil constitutionnel sont de nature législative en tant qu'elles soumettent les demandes d'affiliation qu'elles mentionnent à une condition de délai et sont de nature réglementaire en tant qu'elles sont relatives à la durée du ou des délais dans lesquels les intéressés devront demander leur affiliation »[1116]. La délégalisation sous réserve tend, la plupart du temps, à protéger le législateur. En d'autres termes, l'empiètement du législateur sur le domaine réglementaire est si faible que le Premier ministre est autorisé à modifier une infime partie de la loi seulement. Le Conseil autorise alors le Premier ministre à délégaliser seulement s'il respecte, lui aussi, le domaine de compétence du législateur. Le juge de la répartition des compétences normatives impose ainsi ses conditions : son interprétation doit être respectée au risque d'encourir une atteinte à la Constitution pour empiètement sur le domaine législatif. Si la réserve d'interprétation n'est pas suivie, la censure serait ultérieurement prononcée par le Conseil d'État. « La délégalisation, qui est en fait la sanction d'une inconstitutionnalité d'une loi promulguée (…) rétablit la constitutionnalité en déclassant la loi, mais est assortie d'une condition destinée à éviter une inconstitutionnalité symétriquement inverse par laquelle le pouvoir réglementaire empiéterait à son tour sur le domaine législatif »[1117]. De la sorte, le juge de la répartition des compétences normatives impose une ligne de conduite afin d'empêcher une inconstitutionnalité future. C'est en ce sens que l'office du juge de la constitutionnalité est présent.

La situation se rencontre à nouveau dans une décision L du 4 juin 1984[1118]. La délégalisation est autorisée mais conditionnée à une réserve d'interprétation. En effet, saisi de

[1114] Décision n° 88-156 L du 6 avril 1988, Nature juridique de deux membres de phrase de l'article L 742-3 du code de la sécurité sociale et de l'article 3 de la loi n° 65-883 du 20 octobre 1965, *Journal officiel* du 8 avril 1988, p. 4667.
[1115] Loi n° 65-883 du 20 octobre 1965 relative à l'admission à l'assurance volontaire du conjoint ou du membre de la famille du grand invalide remplissant ou ayant rempli bénévolement auprès de ce dernier le rôle de « tierce personne » publiée au *Journal officiel* du 21 octobre 1965 p. 9299.
[1116] Article 1er du dispositif de la décision n° 88-156 L du 6 avril 1988.
[1117] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 108.
[1118] Décision n° 84-137 L du 4 juin 1984, Nature juridique des dispositions de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel contenues à son article 3 sexies, tel qu'il résulte de la loi n° 70-598 du 9 juillet 1970, *Journal officiel* du 6 juin 1984.

la nature juridique de l'article 3 sexies résultant de la loi du 9 juillet 1970[1119], le juge a admis le caractère partiellement réglementaire de la disposition. Il est réglementaire « en tant qu'il donne les indications nécessaires à l'application de ces conditions et qu'il soumet à certaines formalités la conclusion des baux » mais est législatif en ce qu'il « soumet les contrats qui ne seront plus régis par la loi de 1948 à des conditions, d'une part, d'aménagement, d'équipement et d'entretien des locaux, d'autre part, de durée et de résiliation des baux » [1120]. Le Gouvernement ne doit pas édicter un décret dans ce domaine, sinon il empiéterait sur le champ de compétence du législateur. La réserve d'interprétation s'adresse tant au Gouvernement qu'aux juridictions compétentes en cas de contentieux. En l'occurrence, le Conseil d'État a été saisi d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre du décret délégalisant ladite loi[1121]. Dans son arrêt[1122], la juridiction administrative suprême reprend les réserves émises par le Conseil constitutionnel[1123], ce qui lui permet de prendre position en décidant « qu'il en résulte que l'autorité réglementaire a pu légalement modifier le décret du 22 août 1978 modifiant lui-même le décret du 29 septembre 1962 dans les matières autres que celles qui ont été déclarées relever du domaine de la loi ». Ainsi, le Gouvernement a tenu compte des exigences du Conseil constitutionnel et, lors de son contrôle, le juge administratif s'y est également référé explicitement, ce qui a permis d'éviter une inconstitutionnalité[1124]. L'autorité de ces réserves d'interprétation est ici affirmée.

Le nombre de décrets censurés par le Conseil d'État au motif que le Gouvernent ne respecte pas les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, rendues dans une décision L, est difficilement quantifiable. Ceci s'explique notamment par le fait que le Gouvernement consulte le Conseil d'État avant de prendre un décret procédant à une délégalisation. Constitutionnellement, le Gouvernement n'a pourtant pas cette obligation : l'article 37, alinéa 2 de la Constitution ne le prescrit pas. Cette contrainte figure dans la Constitution uniquement

[1119] Loi n° 70-598 du 9 juillet 1970 modifiant et complétant la loi du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel publiée au *Journal officiel* du 10 juillet 1970 p. 6464.
[1120] Considérant 5 de la décision n° 84-137 L du 4 juin 1984.
[1121] Décret n° 85-341 du 14 mars 1985 portant modification du décret n° 78-924 du 22 août 1978 modifié fixant les conditions de location de certains locaux anciens vacants, *Journal officiel* du 16 mars 1985.
[1122] CE, 10 juin 1991, *Chambre nationale des huissiers de justice*, n° 68687.
[1123] Considérant 3 de l'arrêt du CE, 10 juin 1991, *Chambre nationale des huissiers de justice*, n° 68687: « Considérant que, (…) , le conseil constitutionnel a déclaré que les dispositions du deuxième aliéna de l'article 3 sexies, (…) sont de nature législative en tant seulement qu'elles posent le principe de conditions d'aménagement, d'équipement d'entretien des locaux ainsi que de durée et de résiliation des baux ; que les autres dispositions soumises à l'examen du Conseil constitutionnel sont de nature réglementaire ».
[1124] F. Moderne « À propos du contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs dans le droit public français contemporain », *RFDA*, 2008, p. 915.

dans trois cas : les ordonnances[1125], les projets de loi avant leur adoption en Conseil des ministres[1126] et la délégalisation des textes législatifs pris antérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution[1127]. Pour autant, les décrets qui délégalisent portent la mention, dans les visas, « le Conseil d'État entendu »[1128], ce qui signifie que le texte a été pris après avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État[1129] ou d'une section le cas échéant. De la sorte, ces décrets ne pourront plus être modifiés par un décret simple[1130].

Les rédacteurs de la Constitution avaient identifié l'inconvénient de la technique de la délégalisation. Celui-ci « réside (…) dans la nécessité (…) de confier à un organisme d'arbitrage le soin de décider, en cas de conflit, si une matière déterminée relève du domaine de la loi ou celui du règlement »[1131]. Ainsi, lors de la rédaction de la Constitution, une interrogation persistait : quel organe entre le Conseil d'État ou le Conseil constitutionnel était en mesure de juger que le législateur avait effectivement empiété sur le domaine réglementaire[1132] ? Ce débat explique notamment la raison pour laquelle le Gouvernement, lorsqu'il procède à une délégalisation, consulte le Conseil d'État[1133].

La délégalisation sous réserve est ainsi une technique utilisé par le juge de la répartition des compétences normatives pour empêcher une future censure des juridictions statuant sur le décret de délégalisation. Il entoure ainsi sa décision L de prescriptions. De la sorte, il a tendance à exercer les attributions du juge de la constitutionnalité car il veille à éviter une inconstitutionnalité future.

[1125] Article 38, alinéa 2 de la Constitution : « Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse ».

[1126] Article 39, alinéa 2 de la Constitution : « Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées ».

[1127] Article 37, alinéa 2 de la Constitution : « Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État ».

[1128] Pour les années 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 : tous les décrets délégalisant une disposition législative à la suite d'une décision L du Conseil constitutionnel ont été pris après consultation du Conseil d'État.

[1129] CE, 19 mai 2006, *Syndicat national des cadres supérieurs des chemins de fer*, n° 274692-281587.

[1130] CE, 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres*, n° 177248-177320-177387.

[1131] Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative (vers le 2 juillet 1958), *in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume I, *op. cit.*, p. 334.

[1132] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958, *in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit*., pp. 279-285.

[1133] M. Long, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, 1992, p. 787.

L'office du juge de la constitutionnalité est ainsi visible à trois égards dans les décisions du juge de la répartition des compétences normatives procédant à une délégalisation. Par ailleurs, il apparaît également lors de l'application de l'article 41 de la Constitution.

§2 : Les examens de constitutionnalité contenus dans les décisions FNR

L'article 41 de la Constitution est une procédure instituée par les constituants de 1958 dans le but de protéger le domaine du règlement contre les empiètements du législateur. Pourtant, le juge de la répartition des compétences normatives a déjà statué au-delà de son office en contrôlant la conformité des décrets à la Constitution. En effet, l'utilisation de la procédure des irrecevabilités législatives a progressivement provoqué une transformation de ce mécanisme. À plusieurs reprises, les parlementaires ont déposé des propositions de loi ou des amendements visant à abroger des décrets. Dans cette hypothèse, le Gouvernement leur a opposé l'irrecevabilité de l'article 41 de la Constitution en soutenant que la matière était réglementaire. Le conflit a alors conduit à une saisine du Conseil constitutionnel. À cette occasion, ce dernier a pu constater l'éventuel empiètement du pouvoir réglementaire sur le domaine réservé au législateur. Ainsi, deux cas peuvent se présentent. Soit la matière contestée est règlementaire, alors le Conseil juge, par extension, que le décret est respectueux des articles 34 et 37 de la Constitution (A). Soit la matière est législative et le Conseil constate que le décret a méconnu le champ de compétences du législateur (B).

De la sorte, la Haute instance effectue, dans ses décisions FNR, un contrôle de constitutionnalité des décrets[1134]. Ce faisant, le Conseil constitutionnel exerce une attribution ne résultant pas de son office de juge de la répartition des compétences normatives. D'autant qu'un décret qui empiète sur les compétences du législateur encourt la censure. Il s'agit d'un vice de constitutionnalité sanctionné par le juge administratif. En effet, « c'est un cas d'incompétence et, saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat annulera, pour cette raison le décret »[1135].

[1134] L. Favoreu et T. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Dalloz, 1992, p. 9.
[1135] J. Waline, *Droit administratif*, 27ème édition, Dalloz, 2018, p. 325.

A. Des décrets conformes au partage constitutionnel des compétences

Parfois, le domaine dans lequel une proposition de loi ou un amendement d'un parlementaire intervient a déjà fait l'objet d'une réglementation. Dans cette hypothèse, si le Gouvernement lui oppose l'irrecevabilité législative de l'article 41 de la Constitution et qu'il y a désaccord avec le président de la chambre concernée, le Conseil constitutionnel devra se prononcer sur la conformité du décret à la Constitution. En effet, afin de déterminer si la proposition de loi ressortit ou non du législateur, le juge de la répartition des compétences normatives contrôle, par extension, la constitutionnalité du décret en question. Ainsi, en acceptant que la proposition de loi ou l'amendement n'était pas du domaine du législateur, il admet que le décret est conforme aux articles 34 et 37 de la Constitution. À cet égard, une jurisprudence s'est développée dès la première décision FNR[1136].

Les sénateurs Bajeux et Boulanger avaient déposé une proposition de loi tendant à la stabilisation des fermages. Cette proposition de loi abrogeait *de jure* le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959[1137] relatif au prix des baux à ferme. Ce dernier prévoyait que le prix des baux à ferme était fixé par référence à la valeur du blé, sachant que l'une des parties pourrait demander[1138] que la valeur du blé soit remplacée par la valeur d'une autre denrée[1139]. L'irrecevabilité a été opposée à cette proposition de loi par le Premier ministre arguant de la compétence du pouvoir réglementaire dans cette matière. Le Président du Sénat, refusant l'irrecevabilité, saisit le Conseil constitutionnel en invoquant la contrariété de ce décret avec les principes fondamentaux du régime de la propriété et des obligations civiles. Le juge de la répartition des compétences normatives aurait pu conclure à son incompétence pour contrôler la constitutionnalité d'un décret. Pourtant, le rapporteur de la décision s'interroge : « les dispositions de ce décret ont-elles eu pour effet de porter atteinte auxdits principes fondamentaux ? Il ne semble pas »[1140].

Le Conseil constitutionnel accepte ainsi d'opérer un contrôle de conformité du décret à la Constitution puisqu'il précise que « les dispositions du décret du 7 janvier 1959, qui se

[1136] Décision n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959.
[1137] Décret n°59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme publié au *Journal officiel* le 11 janvier 1959, p. 774.
[1138] Uniquement à l'expiration de la première ou de la deuxième période triennale.
[1139] Cette autre denrée doit avoir été fixée préalablement, sur demande du Préfet, par la commission consultative.
[1140] B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, X. Philippe et D. Rousseau (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014, p. 57.

bornent à modifier ces prescriptions statutaires antérieures, ne sauraient, dès lors, être regardées comme comportant une altération des principes fondamentaux applicables en la matière »[1141]. À l'occasion de cette décision, le juge « discute d'un bout à l'autre de ses considérants, la constitutionnalité du décret »[1142]. D'ailleurs, lors de cet examen de constitutionnalité, le juge de la répartition des compétences normatives statue de façon originale puisqu'il évalue la modification de la réglementation notamment vis-à-vis de la législation antérieure. Selon lui, dès lors qu'il y a une remise en cause substantielle de la législation, l'intervention du législateur est nécessaire puisque « le fondamental se définit par rapport au droit antérieur »[1143]. *A contrario*, « l'aménagement de principes déjà établis peut être poursuivi par le seul pouvoir réglementaire »[1144]. La jurisprudence tenant compte de la législation antérieure, celle forgée par le Conseil constitutionnel[1145] et puis adoptée par le Conseil d'État[1146], a été appliquée pour la dernière fois en 1973[1147]. La vérification de la législation antérieure est une illustration de la volonté du juge d'opter pour un nouveau partage des compétences conforme à la répartition précédente afin d'éviter une rupture brutale[1148]. Ainsi, en l'espèce, le Conseil constitutionnel décide finalement que le décret, pris dans le respect du partage des compétences législatives et réglementaires, est conforme à la Constitution. Le pouvoir réglementaire et le législateur ne peuvent être compétents dans une même matière : la raison d'être de la compétence du Conseil constitutionnel, en vertu de l'article 41 de la Constitution, est de statuer en faveur de l'un ou de l'autre.

En conséquence, la conformité du décret aux règles de répartition des compétences signifie que la proposition de loi méconnaît les articles 34 et 37 de la Constitution[1149]. En effet, « l'inconstitutionnalité de la proposition de loi n'est qu'une conséquence de la constitutionnalité du décret. C'est ce dernier qui est sur la sellette ; c'est son procès que l'on

[1141] Considérant 5 de la décision n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959.
[1142] M. Waline, « Notes de jurisprudence », *RDP*, 1960, p. 1012.
[1143] F. Vincent, « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *AJ*, 1965, p. 570.
[1144] G. Cohen, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution », *RDP*, 1963, p. 754.
[1145] Le 27 novembre 1959, il a également rendu la décision n° 59-1 L du 27 novembre 1959 (Nature juridique de l'article 2, alinéa 3 de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne, *Journal officiel* du 14 janvier 1960, p. 442, cons. 2) dans laquelle il juge : « Considérant que la Régie autonome des Transports parisiens constitue une catégorie particulière d'établissement public sans équivalent sur le plan national ».
[1146] CE, 28 octobre 1960, *Sieur de Laboulaye*, Recueil p. 570.
[1147] Décision n° 73-80 L du 28 novembre 1973, Nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 décembre 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion, *Journal officiel* du 6 décembre 1973, p. 12949, cons. 7.
[1148] M. de Villiers, « La jurisprudence de l'état de la législation antérieure », art. cité, p. 388.
[1149] M. Waline, « Notes de jurisprudence », art. cité, p. 1012.

fait »[1150]. De la sorte, le Conseil constitutionnel statue au-delà de son office puisqu'il se prononce sur la constitutionnalité.

Si le Gouvernement privilégie la délégalisation de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution, deux raisons peuvent le motiver. D'abord, une explication politique le justifie[1151]. Il risque un camouflet politique en utilisant l'article 41 car ce mécanisme est conflictuel entre les deux autorités qu'il met aux prises. D'autant qu'il préfère conserver cette procédure pour les sujets politiquement sensibles[1152]. Ensuite, il encourt l'inconstitutionnalité d'un décret si la matière sur laquelle porte la proposition de loi ou l'amendement a déjà fait l'objet d'une réglementation. En effet, le décret empiète sur le domaine de loi.

B. Le constat d'empiètement des décrets sur le domaine de la loi

Lorsque le Conseil admet que la proposition de loi ou l'amendement relève du domaine du législateur, il constate, par extension, l'empiètement du pouvoir réglementaire sur une matière réservée au législateur. Tel fut le cas en 1977[1153] bien qu'il fût question d'un décret édicté sous la IV^{ème} République. À cette occasion, plusieurs députés, notamment Joseph Legrand, déposent sur le bureau de l'Assemblée nationale une proposition de loi. Cette proposition de loi a pour objectif de rétablir la compétence des sociétés de secours minières dans la gestion du risque temporaire des accidents du travail prévue par le décret du 27 novembre 1946[1154] mais abrogé en 1948[1155]. En bref, les parlementaires demandent un reclassement de la matière[1156]. En désaccord, le Gouvernement oppose l'irrecevabilité de l'article 41 de la Constitution. En raison du refus du Président de l'Assemblée nationale, le Conseil constitutionnel est saisi. Ce dernier considère que « la mesure de transfert prévue dans la proposition de loi touche au principe même de la participation du personnel à cette gestion »[1157]. En conséquence, le juge décide que le législateur est compétent. De la sorte, si le

[1150] L. Favoreu et L. Philip, « Prix des baux à ferme », *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, p. 74.
[1151] É. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, Initiative législative et Constitution*, *op. cit.*, p. 505.
[1152] L'organisation sociale dans les mines (décision n° 77-9 FNR du 7 juin 1977) ou encore la commémoration de la victoire de la seconde guerre mondiale (décision n° 79-11 FNR du 23 mai 1979).
[1153] Décision n° 77-9 FNR du 7 juin 1977.
[1154] Décret n°46-2769 du 27 novembre 1946 portant organisation de la sécurité sociale dans les mines, *Journal officiel* n°0282 du 3 décembre 1946, p. 10265.
[1155] Décret n°48-1442 du 18 septembre 1948 instituant des commissions des marchés auprès des entreprises publiques dépendant du ministère de l'industrie et du commerce, *Journal officiel* du 19 septembre 1948 p. 9289.
[1156] É. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, initiative législative et Constitution*, *op. cit.*, p. 376.
[1157] Considérant 3 de la décision n° 77-9 FNR du 7 juin 1977.

législateur est compétent, le décret de 1948 empiète sur le domaine de la loi. En somme, le juge de la répartition des compétences normatives a constaté que le décret était contraire à la Constitution.

Progressivement, la jurisprudence se confirme. En effet, en 1979[1158], le Conseil constitutionnel admet, incidemment, l'inconstitutionnalité d'un décret. Pourtant, un mois auparavant, la Haute instance avait affirmé qu'elle refusait d'exercer les attributions du juge de la constitutionnalité lorsqu'était saisie en vertu de l'article 41 de la Constitution[1159]. L'étanchéité de ses offices n'est donc qu'illusoire. En l'espèce, le Conseil devait se prononcer sur la nature législative ou réglementaire d'une proposition de loi émanant d'un sénateur et consacrant le 8 mai comme jour férié. Une loi avait institué le jour de l'armistice comme férié[1160] mais elle avait été abrogée par le décret du 11 avril 1959[1161]. Comme le prévoit l'article 37, alinéa 2 de la Constitution, l'acte réglementaire avait été pris conformément à l'avis du Conseil d'État qui estimait que cette matière relevait du pouvoir réglementaire. Toutefois, en 1965[1162], une dérogation est adoptée : le vingtième anniversaire de la commémoration de la Seconde guerre mondiale est, exceptionnellement, un jour férié. Puis, le 17 janvier 1968[1163], un décret prévoit que la victoire de la seconde guerre mondiale doit être uniquement fêtée en fin de journée. Enfin, le 8 mai 1975, le Président en exercice, Valéry Giscard d'Estaing, décide de ne plus célébrer la victoire[1164]. Le Conseil constitutionnel est donc saisi d'une proposition de loi dont l'objectif est d'abroger le décret de 1959 modifié à plusieurs reprises.

Le débat est récurrent puisqu'il date pour la première fois de 1961. À cette époque, un sénateur avait déposé une proposition de loi relative aux commémorations du 8 mai 1945

[1158] Décision n° 79-11 FNR du 23 mai 1979.
[1159] Décision n° 79-10 FNR du 26 avril 1979, cons. 5 : « considérant qu'il résulte du rapprochement de ces dispositions que, lorsqu'il est saisi, en application de l'article 41 de la Constitution, d'une proposition ou d'un amendement auquel le Gouvernement a apposé l'irrecevabilité prévue audit article, le Conseil constitutionnel ne peut statuer que sur la seule question de savoir si ladite proposition ou ledit amendement est du domaine de la loi ou a un caractère réglementaire ; qu'il ne saurait donc, à aucun titre, se prononcer sur la conformité de ces textes à la Constitution, conformité qui ne pourrait faire l'objet de son appréciation que s'il en était saisi dans les conditions prévues à l'article 61 de la Constitution ».
[1160] Loi n°53-225 du 20 mars 1953 relative à la commémoration de l'armistice du 8 mai 1945, publiée au *Journal officiel* du 21 mars 1953, p. 2698.
[1161] Pris conformément à l'article 37 alinéa 2, après avis du Conseil d'État : décret n°59-533 du 11 avril 1959 commémoration de la victoire de 1945 le deuxième dimanche de mai, publié au *Journal officiel* du 15 avril 1959, p. 4163.
[1162] Décret du 1er avril 1965 fixant pour 1965, la date de la commémoration de la victoire de 1945 publié au *Journal officiel* du 3 avril 1965, p. 2638.
[1163] Décret n°68-55 du 17 janvier 1968 relatif à la commémoration de l'armistice du 8 mai 1945 publié au *Journal officiel* du 19 janvier 1968, p. 783.
[1164] Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat n°313, p. 7, disponible à l'adresse : https://www.senat.fr/rap/1978-1979/i1978_1979_0313.pdf.

tendant à abroger ledit décret de 1959. Une irrecevabilité législative avait été opposée par le Gouvernement[1165]. Le Président du Sénat l'avait, alors, admise[1166]. Puis, en 1970, une proposition de loi ayant le même objet est à nouveau déposée mais, une fois encore, le Gouvernement brandit l'arme de l'article 41 de la Constitution. Le Président du Sénat estime fondée l'irrecevabilité législative[1167]. Enfin, en 1975, l'irrecevabilité législative opposée à la proposition de loi aboutit à une entente entre le président de la chambre et le Gouvernement[1168]. Ainsi, dans les trois cas, le Conseil constitutionnel n'a pas été pas saisi car le désaccord n'a pas persisté. Le Gouvernement comme le Président du Sénat ont admis, en effet, que cela relevait du pouvoir réglementaire.

Toutefois, en 1979, la procédure de l'article 41 de la Constitution va jusqu'à son terme car le Président du Sénat soutient que le législateur est compétent[1169]. Certes, pour le Conseil constitutionnel il s'agit de déterminer si l'institution du 8 mai comme jour férié ressortit de la compétence du législateur ou du pouvoir réglementaire. Cependant, il doit également se prononcer sur la conformité à la Constitution du décret de 1959 en déterminant s'il empiète ou sur le domaine de la loi. Dans sa décision FNR, le juge de la répartition des compétences normatives considère que « la proposition de loi soumise au Conseil constitutionnel en application de l'article 41 de la Constitution tend à ajouter le 8 mai à la liste des jours fériés figurant à l'article L 222-1 du code du travail, tel qu'il a été établi par la loi du 2 janvier 1973 ; que, de ce fait, une telle disposition a pour effet de modifier les obligations relatives aux conditions de travail et de rémunération et, par suite, met en cause un principe fondamental du droit du travail ; qu'elle ressortit, dès lors, au domaine de la loi »[1170]. En conséquence, le législateur est compétent, le décret a donc envahi le domaine du législateur : il est

[1165] C'est Michel Debré plus précisément qui était à l'origine de l'irrecevabilité législative.

[1166] Sénat, Séance du 2 mai 1961, débats parlementaires, *Journal officiel* du 3 mai 1961, p. 12, disponible à l'adresse : http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1961/05/s19610502_0111_0141.pdf.

[1167] Sénat, Séance du 29 avril 1970, débats parlementaires, *Journal officiel* du 30 avril 1970, p. 298, disponible à l'adresse : http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1970/04/s19700429_0297_0324.pdf.

[1168] Sénat, Séance du 13 mai 1975, débats parlementaires, *Journal officiel* du 14 mai 1975, p. 836, disponible à l'adresse : http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1975/05/s19750513_0825_0856.pdf.

[1169] D'après les débats législatifs, le Conseil d'État aurait rendu deux avis avec des positions divergentes. Dans son premier avis de 1959, il aurait admis que la compétence relevait du pouvoir réglementaire alors que dans le second, datant de 1973, il aurait estimé que cette matière serait celle du législateur.
D'après René Touzet, le rapporteur de la commission des affaires sociales : « les travaux de la commission de codification ont été soumis à l'examen attentif du Conseil d'Etat. La Haute juridiction, à cette occasion, n'a pas contesté que les dispositions du chapitre relatif aux jours fériés étaient bien du domaine législatif. Elle n'a pas non plus refusé d'admettre que les jours fériés correspondaient aux fêtes légales. Comment se pourrait-il, dès lors, qu'une fête légale soit fixée par le pouvoir réglementaire ? Votre commission préfère, pour sa part, se référer à l'avis émis par le Conseil d'Etat en 1973 plutôt qu'à celui qu'il avait été amené à formuler en 1959 ».
Sénat, Séance du 16 mai 1979, débats parlementaires, *Journal officiel* du 17 mai 1979, p. 1285, disponible à l'adresse : http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1979/05/s19790516_1265_1319.pdf.

[1170] Considérant 2 de la décision n° 79-11 FNR du 23 mai 1979.

inconstitutionnel. Dès lors que le pouvoir réglementaire édicte un décret dans le champ d'action réservée au législateur, l'acte réglementaire encourt l'annulation pour méconnaissance de la Constitution[1171].

Par conséquent, la procédure des irrecevabilités législatives constitue également un mécanisme pour sanctionner l'empiètement du pouvoir réglementaire sur le domaine de la loi. Les décisions FNR peuvent aussi être perçues comme un outil permettant de protéger les matières législatives. D'ailleurs, les irrecevabilités législatives peuvent aussi prendre le nom « d'irrecevabilités réglementaires »[1172]. L'emploi d'une telle expression prouve que cette procédure lutte notamment contre la méconnaissance de la compétence du législateur par le pouvoir réglementaire. En effet, si juge admet le caractère législatif, le décret est susceptible d'être abrogé par une loi et cela conduirait à une « déréglementarisation »[1173]. Au même titre que le Premier ministre dispose de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution, les parlementaires brandissent l'article 41 de la Constitution. Les examens de constitutionnalité incidents effectués par le juge de la répartition des compétences normatives provoquent alors une transformation de la procédure des irrecevabilités législatives.

Toutefois, s'il a été prouvé que le juge de la constitutionnalité usurpe des attributions du juge de la répartition des compétences, ce dernier n'exerce pas *stricto sensu* les compétences du premier. En effet, en l'espèce, le contrôle de constitutionnalité effectué par le juge de la répartition des compétences normatives porte sur des décrets et non des lois. Or, le juge de la constitutionnalité n'est pas compétent pour statuer sur les actes réglementaires[1174]. En conséquence, l'office du juge de la constitutionnalité est donc seulement perceptible en ce qu'un contrôle de constitutionnalité indirect des décrets est opéré. L'attention est donc portée sur le contrôle de l'acte vis-à-vis de la Constitution et non sur la nature de l'acte[1175].

Les décisions L et FNR rendues par le Conseil constitutionnel ne devraient avoir qu'un unique dessein : départager le législateur et le pouvoir réglementaire. Or, le juge de la répartition des compétences normatives ne s'en tient pas strictement à ses attributions puisqu'il effectue des examens de constitutionnalité. Ainsi, le Conseil constitutionnel s'érige en gardien

[1171] Le juge administratif annule régulièrement des décrets qui empiètent sur le domaine réservé au législateur. Par exemple, ce fût le cas dans l'arrêt du CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, Recueil p. 322.
[1172] Expression utilisée par P. Avril et J. Gicquel, « Chronique constitutionnelle », *Pouvoirs*, n°3, 1977, p. 178.
[1173] A. Ould Bouboutt, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, *op. cit.*, p. 127.
[1174] Décision n° 2011-152 QPC du 22 juillet 2011, M. Claude C. [Disposition réglementaire - Incompétence], *Journal officiel* du 23 juillet 2011, p. 12655, texte n° 107.
[1175] Ch.-E. Sénac, *L'office du juge constitutionnel, Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, *op. cit.*, p. 16.

de la Constitution, et ce quel que soit le fondement en vertu duquel il est saisi. Les offices du Conseil constitutionnel apparaissent, en ce sens, poreux. Pour autant, l'office du juge de la constitutionnalité supplante les autres. En effet, si les décisions du Conseil constitutionnel sont toutes censées être dotées de l'autorité de la chose jugée, l'effectivité des décisions L et FNR n'est pas garantie aussi nettement. Plus encore, le juge de la constitutionnalité n'est pas toujours respectueux des décisions rendues par le juge de la répartition des compétences normatives.

Section 2 : L'autorité des décisions du juge de la répartition des compétences normatives affaiblie par le juge de la constitutionnalité

L'office du juge de la répartition des compétences normatives est certes distinct de l'office du juge de la constitutionnalité puisque ce dernier vérifie la conformité des lois à la Constitution sans s'attarder sur le partage des compétences[1176]. Néanmoins, ces deux offices sont censés fonctionner de pair : l'un devant se prononcer sur la répartition, l'autre effectuant un examen de constitutionnalité. Pour autant, ce n'est pas le cas : le juge de la constitutionnalité ignore souvent les décisions du juge de la répartition des compétences normatives.

Si les décisions FNR sont relativement respectées par les pouvoirs publics, elles auraient pu ne pas l'être par le juge de la constitutionnalité. Bien que la situation ne se soit jamais présentée, elle mérite d'être soulevée. Dans le cas où une proposition de loi ou un amendement est de nature réglementaire selon le Conseil, les débats législatifs cessent et le législateur laisse le pouvoir réglementaire intervenir[1177]. Toutefois il est arrivé que les parlementaires réintroduisent dans la discussion une proposition qui avait pourtant été jugée partiellement irrecevable[1178]. À cette occasion, le Gouvernement a alors immédiatement opposé l'irrecevabilité[1179]. Toutefois, que serait-il arrivé si le Gouvernement n'avait pas opposé l'irrecevabilité ? Les parlementaires auraient pu adopter une proposition de loi déclarée de nature réglementaire par le juge de la répartition des compétences normatives[1180]. Si cette hypothèse peu probable se rencontrait

[1176] Décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, *Journal officiel* du 23 mars 2012, p. 5253, texte n° 2.
[1177] Décision n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959 ; Décision n° 66-7 FNR du 21 décembre 1966 ; Décision n° 61-2 FNR du 30 juin 1961.
[1178] Décision n° 63-5 FNR du 11 juin 1963 : Le représentant du Gouvernement doit opposer une fois de plus l'irrecevabilité. Finalement, une rédaction différente en conformité avec ladite décision est privilégiée.
[1179] Sénat, Séance du 4 juillet 1963, débats parlementaires, *Journal officiel* du 5 juillet 1963, p. 1587, disponible à l'adresse : http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1963/07/s19630704_1485_1604.pdf.
[1180] Voir en ce sens : É. Oliva, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, Initiative législative et Constitution*, *op. cit*., p. 227.

aujourd'hui, la loi en question ne pourrait même pas être censurée par le juge de la constitutionnalité. En effet, ce dernier, dans ses décisions DC et QPC, s'abstient de censurer les dispositions réglementaires contenues dans les lois. Ainsi, cela prouverait que le juge de la constitutionnalité ne se préoccupe guère des décisions du juge de la répartition des compétences normatives.

Concernant les décisions L rendues par le Conseil constitutionnel, il ne s'agit pas de simples conjectures : elles ne sont pas toujours respectées, pas même par le juge de la constitutionnalité. Les décisions L sont nommément désignées comme étant des décisions « de déclassement »[1181] en ce que le juge admet le caractère législatif ou réglementaire d'une disposition. Pourtant, le juge ne déclasse pas, il ne fait que constater la nature juridique d'une disposition en vertu de la Constitution, y compris son préambule. Le déclassement est effectif si le Gouvernement prend un décret pour abroger ou modifier la disposition législative empiétant sur le domaine réglementaire. Si le Conseil constitutionnel juge qu'un mot ou un groupe de mots est de nature réglementaire, le Premier ministre est censé intervenir pour modifier la loi. Par exemple, le 13 avril 2018[1182] le Conseil constitutionnel a jugé que certaines dispositions[1183] de l'article 2111-1 du code général des collectivités territoriales[1184] étaient réglementaires. Un décret a donc été édicté quelques mois après la décision L[1185]. Néanmoins, ce n'est pas systématiquement le cas.

À titre d'illustration, depuis la décision n° 88-159 L du 18 octobre 1988[1186], par laquelle les mots « commission de la privatisation » de l'article 59 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication[1187] ont été jugés réglementaires, aucune modification n'a été effectuée par décret. De la même façon, si le juge a statué sur le

[1181] Voir le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-type/les-decisions-par-type.15369.html.
[1182] Décision n° 2018-272 L du 13 avril 2018, Nature juridique de certaines dispositions de l'article L. 2111-1 du code général des collectivités territoriales, *Journal officiel* n°0087 du 14 avril 2018 texte n° 98.
[1183] Selon le dispositif de la décision n° 2018-272 L du 13 avril 2018 : « article 1er- Les mots "en Conseil d'État" figurant au premier alinéa de l'article L. 2111-1 du code général des collectivités territoriales ont un caractère réglementaire ».
[1184] Issu de la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral publiée au *Journal officiel* n°0114 du 18 mai 2013 p. 8242.
[1185] Décret n° 2018-674 du 30 juillet 2018 portant simplification de certaines procédures administratives, *Journal officiel* n°0175 du 1er août 2018, texte n° 1.
[1186] Décision n° 88-159 L du 18 octobre 1988, Nature juridique de la dénomination "commission de la privatisation", *Journal officiel* du 20 octobre 1988, p. 13201.
[1187] Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard) publiée au *Journal officiel* du 1er octobre 1986, p. 11755.

caractère réglementaire de l'article 11 du code général des impôts[1188] dans sa décision n° 92-169 L du 6 octobre 1992[1189], la disposition est restée inchangée. Le pouvoir réglementaire ne se soucie donc pas toujours des décisions L. Auquel cas, la délégalisation n'est que partielle et la procédure n'est pas menée jusqu'à son terme. Néanmoins, pires encore sont les situations dans lesquelles le juge de la constitutionnalité ne les respecte pas, quoique les solutions divergent selon s'il statue lors d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* (§1) ou *a posteriori* (§2).

§1 : Des décisions L non respectées par le juge de la constitutionnalité a priori

Le déclassement ou la délégalisation n'est pas opéré par le Conseil constitutionnel. L'originalité des décisions L réside en ce que « procès [est] fait à un acte (…) [mais] cette disposition n'est pas privée d'effets et continuera à s'appliquer »[1190] . Ainsi, elle changera de nature seulement si le Gouvernement procède aux modifications qui lui incombent. À ce titre, malgré une décision L reconnaissant le caractère réglementaire de certaines dispositions législatives, le Gouvernement n'édicte pas toujours de décrets. Néanmoins, à défaut de décret procédant à la délégalisation, le juge de la constitutionnalité ne s'intéresse pas aux décisions L. En effet, il déclare conforme à la Constitution des textes législatifs qui abrogent des dispositions jugées réglementaires dans des décisions L (A). De la même façon, le juge de la constitutionnalité ne se préoccupe pas de savoir si la loi, dont il est saisi, modifie des dispositions ayant un caractère réglementaire en vertu d'une décision L (B). Certes, sa jurisprudence *Blocage des prix et revenus*[1191] l'empêche de censurer des dispositions législatives empiétant sur le domaine réglementaire. Pour autant, il pourrait censurer la loi pour méconnaissance de l'article 62 de la Constitution puisqu'une décision L n'est pas respectée.

A. Des dispositions réglementaires abrogées par un texte législatif déclaré conforme à la Constitution

[1188] Article 1er du dispositif : « en tant qu'elles ont pour effet de déterminer la compétence territoriale des agents de l'administration pour l'établissement de l'impôt sur le revenu dans les hypothèses visées audit article ».
[1189] Décision n° 92-169 L du 6 octobre 1992, Nature juridique des dispositions de l'article 11 du code général des impôts, *Journal officiel* du 8 octobre 1992.
[1190] L. Favoreu, « La délégalisation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel » *in Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public, op. cit.*, p. 441.
[1191] La définition formelle de la loi apparaît à compter de la décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.

Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi en tant que juge de la constitutionnalité, il n'est pas attentif aux décisions qu'a pu rendre le juge de la répartition des compétences normatives. En effet, peu importe qu'une ordonnance ratifiée ou qu'une loi abroge une disposition déclarée réglementaire dans une décision L : le juge de la constitutionnalité n'y fera nullement référence.

Les décisions L ne sont pas respectées par le législateur, ni même par le Gouvernement. Bien qu'elles s'imposent à toutes les autorités, le juge de la constitutionnalité lui-même les ignore. Il ne confirme pas la jurisprudence du juge de la répartition des compétences normatives. À la suite d'une décision L autorisant le Premier ministre à délégaliser, parfois c'est une ordonnance qui intervient. Si l'ordonnance non ratifiée abroge des dispositions législatives jugées réglementaires, la jurisprudence du juge de la répartition des compétences normatives est respectée[1192]. En revanche, un problème survient lorsque l'ordonnance est ratifiée. En vertu de l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement peut s'immiscer dans le champ de compétences du législateur dès lors qu'il y a été expressément autorisé par une loi d'habilitation. Il prend, à ce titre, des ordonnances qui interviennent dans des matières législatives et réglementaires. Une fois le délai écoulé, le Gouvernement ne peut plus intervenir dans celles relevant de l'article 34 de la Constitution. En revanche, il devrait pouvoir intervenir pour celles relevant de l'article 37. Plus exactement, même si une ordonnance ratifiée contient des dispositions de nature réglementaire, le Gouvernement reste compétent pour les modifier, et ce même après une ratification. Pourtant, le Gouvernement est dans l'impossibilité de modifier ces matières, qu'elles soient du domaine réglementaire ou du domaine législatif. Il doit saisir le juge de la répartition des compétences normatives s'il souhaite de nouveau réglementer son propre domaine[1193]. En effet, la ratification confère à l'intégralité de l'ordonnance, matières réglementaires et législatives confondues, une valeur législative. Ainsi, la disposition jugée réglementaire dans un premier temps par le Conseil constitutionnel retombe dans le domaine de compétence du législateur dans un second temps.

[1192] Considérant 26 de la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, *Journal officiel* du 22 décembre 1999, p. 19041 : « Considérant que, si le deuxième alinéa de l'article 37 de la Constitution ouvre au Gouvernement la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel aux fins de déclarer que des textes de forme législative, intervenus après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, ont un caractère réglementaire et peuvent donc être modifiés par décret, il est loisible au législateur d'abroger lui-même des dispositions de nature réglementaire figurant dans des textes législatifs ; qu'en vertu de l'habilitation qui lui est conférée en application de l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement n'est pas davantage tenu de se soumettre à la procédure invoquée par les requérants ».

[1193] Voir par exemple la décision n° 2013-241 L du 5 novembre 2013, Nature juridique de dispositions relatives à des conseils consultatifs, *Journal officiel* du 7 novembre 2013 p. 18173, texte n° 80, cons. 3.

Toutefois, le plus étonnant est la décision du juge de la constitutionnalité qui ne constate pas de violation à la Constitution. Il déclare conforme à la Constitution une loi qui procède à la ratification d'une ordonnance alors que cette dernière a modifié des dispositions appartenant au pouvoir réglementaire. Que l'ordonnance modifie des dispositions jugées réglementaire, cela n'a en soit rien d'alarmant. En revanche, si l'ordonnance contestée est ratifiée, alors, dans ce cas, la jurisprudence du juge de la répartition de la répartition des compétences normatives n'est plus respectée. Elle l'est d'autant moins que le juge de la constitutionnalité valide la loi de ratification.

À titre d'illustration, dans la décision L du 18 mars 1999[1194], le juge admet le caractère réglementaire des dispositions du huitième alinéa de l'article 2 de la loi du 2 février 1995[1195] « en tant qu'elles prévoient que chaque commission particulière constituée par la "Commission nationale du débat public" est " présidée par un de ses membres" »[1196]. Cette disposition aurait donc dû être modifiée par décret. Pourtant, c'est une ordonnance[1197] qui l'a abrogée. Si une ordonnance est prise par la même autorité que celle qui exerce le pouvoir réglementaire, l'acte est distinct. En effet, une ordonnance, contrairement à un décret, intervient notamment dans des matières législatives et acquiert éventuellement valeur législative en cas de ratification[1198]. En l'espèce, l'ordonnance a été ratifiée par une loi[1199]. Cette dernière, a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* et a d'ailleurs été jugée conforme par le juge de la constitutionnalité[1200]. En raison de la mise à l'écart de la décision L par le juge de la constitutionnalité, il y a un retour à l'état antérieur de telle sorte que c'est comme si le juge de la répartition des compétences normatives n'avait jamais statué.

Il en est de même dans la décision n° 95-177 L du 8 juin 1995[1201]. Les mots « en conseil des ministres » présents à l'article L. 112-3 du code des ports maritimes issu d'une loi de

[1194] Décision n° 99-184 L du 18 mars 1999, Nature juridique des dispositions du huitième alinéa de l'article 2 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (Commission nationale du débat public), *Journal officiel* du 20 mars 1999, p. 4170.
[1195] Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, publiée au *Journal officiel* n°29 du 3 février 1995 p. 1840.
[1196] Résumé de saisine de la décision n° 99-184 L du 18 mars 1999.
[1197] Ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de l'environnement publiée au *Journal officiel* n° 0219 du 21 septembre 2000, p. 14792.
[1198] Qui doit être explicite depuis la révision constitutionnelle de 2008, conformément à l'article 38 : « Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse ».
[1199] Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit publiée au *Journal officiel* n°152 du 3 juillet 2003 p. 11192.
[1200] Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, *Journal officiel* du 3 juillet 2003, p. 11205.
[1201] Décision n° 95-177 L du 8 juin 1995, Nature juridique de dispositions prévoyant que certaines nominations doivent être effectuées par décret en conseil des ministres, *Journal officiel* du 10 juin 1995, p. 9008.

1965[1202] ont été jugés réglementaires. Cet article a été abrogé par une ordonnance[1203] qui par la suite a été ratifiée[1204] et à l'occasion du contrôle de constitutionnalité *a priori*, le juge l'a déclarée conforme à la Constitution[1205]. En ce sens, le juge de la constitutionnalité se soucie peu des décisions L rendues antérieurement.

Dans d'autres circonstances, le législateur abroge une loi qui en amont a fait l'objet d'une procédure de délégalisation. C'est le cas de la décision n° 84-137 L du 4 juin 1984[1206] qui juge partiellement réglementaire l'article 3 sexies de la loi du 1 septembre 1948[1207]. Pour autant, il sera ultérieurement abrogé par une autre loi[1208]. Dans cette hypothèse, le juge de la constitutionnalité est susceptible de déclarer conforme à la Constitution une loi abrogeant une disposition jugée réglementaire dans une décision L. De la sorte, le Conseil valide l'immixtion du législateur dans le domaine réglementaire qu'importe la procédure de délégalisation. Par exemple, la décision n° 86-145 L du 19 mars 1986 a jugé que l'article 149 du code de la nationalité française était partiellement réglementaire. Pourtant l'article a été abrogé par une loi[1209] jugée conforme à la Constitution[1210]. Dans le même sens, le juge de la répartition des compétences normatives a considéré que les articles 1106-16 et 1162 du code rural étaient de nature réglementaire[1211] mais le législateur les a abrogés[1212] impunément puisqu'il n'a pas été

[1202] Loi n° 65-491 du 29 juin 1965 publiée au *Journal officiel* du 30 juin 1965, p. 5436.
[1203] Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports publiée au *Journal officiel* n°0255 du 3 novembre 2010, p. 19645.
[1204] Loi n° 2012-375 du 19 mars 2012 relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports publiée au *Journal officiel* n°0068 du 20 mars 2012, p. 5026.
[1205] Décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, Loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports, *Journal officiel* du 20 mars 2012, p. 5028, texte n° 4.
[1206] Décision n° 84-137 L du 4 juin 1984, Nature juridique des dispositions de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel contenues à son article 3 sexies, tel qu'il résulte de la loi n° 70-598 du 9 juillet 1970, *Journal officiel* du 6 juin 1984.
[1207] Loi n° 48-1360 du 1 septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, *Journal officiel* du 02 septembre 1948, p. 08659.
[1208] Loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière, publiée au *Journal officiel* du 24 décembre 1986, p. 15531.
[1209] Loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité publiée au *Journal officiel* n°168 du 23 juillet 1993, p. 10342.
[1210] Décision n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, Loi réformant le code de la nationalité, *Journal officiel* du 23 juillet 1993, p. 10391.
[1211] Décision n° 82-126 L du 12 octobre 1982, Nature juridique des dispositions de l'article 1106-16 du code rural, tel qu'il résulte de l'article 2 de la loi n° 61-89 du 25 janvier 1961 et de l'article 1162 du même code, tel qu'il résulte de l'article 2 de la loi n° 72-965 du 25 octobre 1972, *Journal officiel* du 13 octobre 1982, p. 3062.
[1212] Loi n° 87-39 du 27 janvier 1987 portant diverses mesures d'ordre social publiée au *Journal officiel* n°0023 du 28 janvier 1987, p. 991.

sanctionné par le juge de la constitutionnalité[1213]. Certes, « les conséquences de l'intervention parlementaire sont limitées » [1214] puisque l'abrogation, prononcée par le législateur ou le Gouvernement, produira les mêmes effets. Néanmoins, la décision du juge de la répartition des compétences normatives n'a pas été respectée. Pareillement, les lois qui modifient des dispositions jugées réglementaires ne méconnaissent pas la Constitution selon le juge de la constitutionnalité.

B. La conformité à la Constitution des lois modifiant des dispositions jugées réglementaires

Si l'abrogation laisse subsister une certaine ambiguïté pour déterminer le domaine auquel appartient la disposition contestée, le doute n'est plus permis lorsqu'une loi modifie une disposition jugée réglementaire dans une décision L. À cet égard, la modification législative est d'autant plus aberrante lorsque la loi est jugée conforme à la Constitution. L'article 311-4 du code du travail en est une illustration. Ses dispositions avaient un caractère réglementaire selon le Conseil constitutionnel[1215]. Seulement, aucun décret modificatif n'a été édicté. Le législateur en profite alors pour le modifier en 2005[1216]. Toutefois, avant sa promulgation, la loi a été contrôlée par le juge de la constitutionnalité qui a admis qu' « aucune question de conformité à la Constitution »[1217] ne méritait d'être soulevée d'office.

D'autres exemples se rencontrent. En 1988[1218], le Premier ministre saisit le Conseil constitutionnel en vue d'une éventuelle délégalisation. La Haute instance admet le caractère réglementaire des dispositions contestées[1219]. Parmi elles, figure notamment l'article 10 de la

[1213] Décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social, *Journal officiel* du 25 janvier 1987, p. 925.
[1214] D. Degboe, *Le reclassement des actes juridiques en droit constitutionnel français*, Thèse de droit, Université de Reims, 2015, p. 204.
[1215] Décision n° 93-174 L du 6 avril 1993, Nature juridique de dispositions contenues dans les articles L. 611-4 et L. 611-6 du code du travail, *Journal officiel* du 8 avril 1993, p. 6105.
[1216] Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, publiée au *Journal officiel* n°163 du 14 juillet 2005, p. 11570.
[1217] Décision n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, *Journal officiel* du 14 juillet 2005, p. 11589, texte n° 3, cons. 30.
[1218] Décision n° 88-159 L du 18 octobre 1988, Nature juridique de la dénomination " commission de la privatisation", *Journal officiel* du 20 octobre 1988, p. 13201.
[1219] La demande portait sur l'appréciation de la nature juridique des mots « de la privatisation » contenus dans l'expression « commission de la privatisation » figurant : à l'article 3 (alinéas 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 et 9) ; à l'article 4 (alinéa 2) ; à l'article 10 (alinéa 2) dans la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations publiée au *Journal officiel* du 7 août 1986 p. 9695 et dans l'article 59 (alinéas 2,3,6 et 7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication publiée au *Journal officiel* du 1er octobre 1986 p. 11749.

loi du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations. Or, à compter de 1988, cet article s'est vu amendé à plusieurs reprises par le pouvoir législatif. Le plus étonnant est que le juge de la constitutionnalité ne censure à aucun moment le législateur pour méconnaissance de la décision L, il ne fait d'ailleurs même pas mention de cette décision. En effet, la loi de 1989[1220] qui modifie[1221] l'article 10 a été déclaré conforme à la Constitution[1222]. Il en est également ainsi avec la loi de 1996[1223] rectifiant le même article. Bien que contrôlée par le Conseil, ce dernier n'a pas jugé opportun de soulever une question de constitutionnalité[1224].

Le juge de la constitutionnalité ne tient donc définitivement pas compte de la jurisprudence du juge de la répartition des compétences normatives. Le juge de la constitutionnalité n'est donc pas respectueux des décisions L puisque le législateur, ou le pouvoir réglementaire en vertu de l'article 38 de la Constitution, n'est pas censuré dès lors qu'il modifie une loi contenant des dispositions jugées réglementaires. En définitive, l'exécution des décisions L est relative[1225].

Dans cette hypothèse, il est logique de s'interroger : une décision L continue-t-elle d'être effective dès lors qu'à la suite de celle-ci, une décision DC déclare conforme une loi modifiant des dispositions jugées réglementaires ? La jurisprudence du juge de la répartition des compétences normatives nous renseigne : la portée des décisions L se révèle limitée.

C. L'effectivité des décisions L en question

Le législateur s'immisce dans des matières qui ne sont pas siennes mais qui appartiennent au pouvoir réglementaire, sans encourir le risque d'une censure depuis la jurisprudence *Blocage des prix et revenus*. Pour intervenir dans ces matières, le Gouvernement n'a qu'une solution après la promulgation de la loi : saisir le Conseil constitutionnel en tant que

[1220] Loi n°89-465 du 10 juillet 1989 modifiant la loi 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations publiée au *Journal officiel* du 11 juillet 1989 p. 8671.
[1221] Article 1er de la loi n°89-465 du 10 juillet 1989.
[1222] Décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, *Journal officiel* du 5 juillet 1989, p. 8382.
[1223] Article 49 de la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *Journal officiel* n°0088 du 13 avril 1996 p. 5707.
[1224] Décision n° 96-375 DC du 9 avril 1996, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *Journal officiel* du 13 avril 1996, p. 5730, cons. 12 : « Considérant qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office d'autres questions de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen ».
[1225] D. Degboe, *Le reclassement des actes juridiques en droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 206.

juge de la répartition des compétences normatives[1226]. Toutefois, se pose la question de savoir si les décisions L connaissent la péremption. En d'autres termes, si le législateur intervient de nouveau et qu'il n'est pas censuré par le juge de la constitutionnalité, le Gouvernement doit-il reprendre la procédure de l'article 37, alinéa 2 ? La décision DC n'interrompt-elle pas la procédure de délégalisation, obligeant le Gouvernement à saisir de nouveau le Conseil constitutionnel ?

La question s'est posée pour la première fois en 2005. En 1977[1227] et en 1988[1228], le Conseil avait été saisi par le Premier ministre conformément à l'article 37, alinéa 2 de la Constitution. Dans les deux cas, il devait se prononcer sur la nature juridique de certaines dispositions de l'ordonnance du 23 octobre 1958 portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique[1229]. Dans ces deux décisions L, le juge statue sur le caractère partiellement réglementaire des dispositions dont il est saisi. Le Premier ministre est alors autorisé à modifier ou à abroger les dispositions en cause. Pour autant, le pouvoir réglementaire n'est pas intervenu. Ainsi, en 2004, une loi[1230] a abrogé l'ordonnance de 1958 et donné force de loi au code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le juge de la constitutionnalité, saisi de la loi d'abrogation, a jugé cette loi conforme à la Constitution[1231]. Ces décisions rendues dans deux offices distincts laissent planer le doute sur la durée de validité des décisions L. En d'autres termes, passé un certain délai après une décision L, et eu égard aux décisions DC, le Premier ministre n'aurait peut-être plus l'autorisation d'intervenir à moins d'une nouvelle décision L. En réalité, les décisions de 1977 et 1988 produisent toujours leurs effets juridiques, de telle sorte que le Premier ministre a la faculté d'édicter des décrets à n'importe quel moment, conformément à une décision L du 17 novembre 2005[1232]. Le Conseil juge que la loi de 2004 « n'a pas eu pour effet de retirer au Premier ministre l'autorisation qui

[1226] Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, Loi relative à l'enseignement supérieur, *Journal officiel* du 21 janvier 1984, p. 365, cons. 36 et 37.
[1227] Décision n° 77-101 L du 3 novembre 1977, Nature juridique de dispositions de l'ordonnance n° 58-997 du 23 octobre 1958 portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique, *Journal officiel* du 6 novembre 1977.
[1228] Décision n° 88-157 L du 10 mai 1988, Nature juridique de dispositions du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, *Journal officiel* du 15 mai 1988, p. 7134.
[1229] Ordonnance n°58-997 du 23 octobre 1958 portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique publiée au *Journal Officiel* du 24 octobre 1958 p. 9694.
[1230] Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit publiée au *Journal officiel* n° 0287 du 10 décembre 2004 p. 20857.
[1231] Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit, *Journal officiel* du 10 décembre 2004, p. 20876, texte n° 4.
[1232] Décision n° 2005-202 L du 17 novembre 2005, Nature juridique de dispositions du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, *Journal officiel* du 23 novembre 2005, p. 18172, texte n° 80.

lui avait été donnée de les modifier par décret »[1233] et que la demande est sans objet étant donné qu'il s'est déjà prononcé. Ainsi, le juge rend un non-lieu à statuer. De cette façon, le Premier ministre voit son autorisation renouvelée en l'espèce et ce malgré la décision DC de 2004[1234].

Néanmoins, une telle configuration, permettant au Premier ministre de se contenter d'une unique décision, est rare. Souvent la procédure de l'article 37, alinéa 2 est excessivement chronophage dans la mesure où le juge de la répartition des compétences normatives statue plusieurs fois dans une même matière ou sur le même article. En effet, les décisions L sont riches mais confuses. Riches puisqu'il existe plus de 270 décisions[1235] mais confuses car une même décision peut porter sur quelques mots insérés dans une multitude d'articles[1236]. La cacophonie est telle que pour un même article d'une loi ou une même matière, plusieurs décisions L ont été rendues sans même que le Conseil constitutionnel n'y trouve à redire. De nombreux cas sont à relever. La décision n° 77-98 L du 27 avril 1977[1237] prévoit que les « dispositions de l'article 157 du code forestier soumises à l'examen du Conseil constitutionnel, en tant qu'elles (…) précisent la durée de validité de cette autorisation (…) ne touchent à aucune règle ou à aucun principe que l'article 34 de la Constitution a placés dans le domaine de la loi et sont, dès lors, de nature réglementaire »[1238]. De cette façon, le Premier ministre devrait pouvoir intervenir quand bon lui semble pour prendre des décrets. Pourtant, le juge de la répartition des compétences normatives a été appelé à se prononcer une fois encore, non pas sur le même texte, mais sur la même matière, à savoir la durée de validité d'une autorisation de défrichement. Il est, en effet, saisi afin de déclarer comme réglementaires les mots « de cinq ans » figurant à l'article L. 341-3 du code forestier. Sa demande est acceptée sans que le Conseil constitutionnel ne précise, ni dans les visas ni dans les motifs, qu'il avait déjà statué sur la matière[1239]. Pourtant, sa position est la même que celle de 1977 : le pouvoir réglementaire est compétent[1240].

[1233] Considérant 2 de la décision n° 2005-202 L du 17 novembre 2005.
[1234] Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, Loi de simplification du droit, *Journal officiel* du 10 décembre 2004, p. 20876, texte n° 4.
[1235] À la fin du premier trismestre de l'année 2019.
[1236] Par exemple la décision n° 80-116 L du 24 octobre 1980 (Nature juridique de diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale, *Journal officiel* du 25 octobre 1980, p. 2491) porte sur dix-neuf articles.
[1237] Décision n° 77-98 L du 27 avril 1977, Nature juridique de dispositions contenues dans le code forestier et dans divers textes relatifs aux forêts, *Journal officiel* du 30 avril 1977.
[1238] Considérant 4 de la décision n° 77-98 L du 27 avril 1977.
[1239] Décision n° 2015-254 L du 9 avril 2015, Nature juridique de dispositions des articles L. 341-3 et L. 341-9 du code forestier, *Journal officiel* n°0085 du 11 avril 2015 p. 6537, texte n° 19.
[1240] Considérant 3 de la décision n° 2015-254 L du 9 avril 2015 : « considérant que les dispositions mentionnées ci-dessus, qui se bornent à prévoir la durée de validité de l'autorisation de défrichement, le délai dans lequel le titulaire d'une autorisation de défrichement doit transmettre à l'autorité administrative un acte d'engagement des

En outre, le juge de la répartition des compétences normatives est susceptible d'être saisi plusieurs fois pour le même texte. C'est le cas par exemple de l'article 710-1 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à 2015. La décision n° 2015-252 L du 29 janvier 2015[1241] a décidé notamment que la dénomination « assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie » figurant aux onzième et douzième alinéas de l'article L. 710-1 du code commerce était de nature réglementaire. Trois mois plus tard, une nouvelle décision[1242] permet au Premier ministre de modifier la même expression au sein notamment[1243] de cet article. Pour autant, aucune mention n'est faite de la précédente décision. Il en est de même, s'agissant de la loi du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations[1244]: saisi une première fois en 1988[1245] pour certains alinéas des articles 3, 4 et 10, le Conseil constitutionnel est saisi une seconde fois en 1998[1246] pour les mêmes articles pris dans leur intégralité. Pourtant, dans les deux cas, le Premier ministre lui demande de déterminer la nature juridique de la dénomination « commission de la privatisation ».

Un autre exemple est significatif avec la loi du 2 mai 1930 protégeant les monuments naturels et historiques[1247]. Au total, le Conseil a été saisi, en vue d'une éventuelle délégalisation, à deux reprises pour l'article 9, alinéa 1[1248] et à trois reprises s'agissant de l'article 12[1249].

travaux compensatoires qui lui sont imposés, le délai pour réaliser ces travaux ainsi que le délai maximum dans lequel les lieux défrichés doivent être rétablis en nature de bois en cas d'inexécution des travaux compensatoires, ne mettent en cause ni les principes fondamentaux susmentionnés ni aucune autre règle ou aucun autre principe que la Constitution place dans le domaine de la loi ; que, par suite, ces dispositions ont le caractère réglementaire ».

[1241] Décision n° 2015-252 L du 29 janvier 2015, Nature juridique de la dénomination « assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie », publiée au *Journal officiel* n°0026 du 31 janvier 2015 p. 1503, texte n° 99.

[1242] Décision n° 2015-255 L du 21 avril 2015, Nature juridique de la dénomination « assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie », *Journal officiel* n°0095 du 23 avril 2015 p. 7202 texte n° 99.

[1243] D'autres dispositions du code du commerce ont été également concernées, à savoir la section 4 du chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre VII.

[1244] Loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations décidées par la loi n°86793 du 02 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social publiée au *Journal officiel* du 7 août 1986 p. 9695.

[1245] Décision n° 88-159 L du 18 octobre 1988, Nature juridique de la dénomination "commission de la privatisation", *Journal officiel* du 20 octobre 1988, p. 13201.

[1246] Décision n° 98-182 L du 6 mars 1998, Nature juridique des mots : "de la privatisation" contenus dans l'expression : "commission de la privatisation" figurant au 1° dans la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, aux articles 3, 4, 10 et 20 ; au 2° dans la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation, à l'article 21 ; au 3° dans la loi n° 94-679 du 6 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, à l'article 17, *Journal officiel* du 10 mars 1998, p. 3629.

[1247] Loi du 2 mai 1930 ayant pour objet de réorganiser la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque publiée au *Journal officiel* du 4 mai 1930.

[1248] Décision n° 69-55 L du 26 juin 1969, Nature juridique de certaines dispositions modifiées, des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, des articles 2 et 13 bis de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques et de l'article 98-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation, *Journal officiel* du 13 juillet 1969, p. 7161 ; Décision n° 88-158 L du 13 juillet 1988, Nature juridique de dispositions relatives aux sites, *Journal officiel* du 20 juillet 1988, p. 9411.

[1249] Décision n° 69-53 L du 27 février 1969, Nature juridique de certaines dispositions modifiées, du premier alinéa de l'article 21-IV de l'ordonnance du 23 octobre 1958 relative à l'expropriation et des articles 12 et 17 de la loi

D'ailleurs, pour cette loi, tous les articles confondus, le Conseil constitutionnel a été saisi six fois[1250] sur le fondement de l'article 37, alinéa 2. De la même façon, pour l'article 4 de la loi du 3 janvier 1975 portant création du Centre national d'art et de culture Georges-Pompidou[1251], le Premier ministre a procédé à deux saisines sur le fondement de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution[1252].

En conséquence, le respect des décisions L est chimérique : ni le Gouvernement, ni le législateur ni l'auteur des décisions n'en ont cure. Toutefois, une exception existe lorsque le juge de la constitutionnalité statue sur les questions prioritaires de constitutionnalité.

§2 : Le juge de la constitutionnalité a posteriori attentif aux décisions L

Le juge de la constitutionnalité statuant *a posteriori* est plus précautionneux que dans le cadre *a priori*. Il vérifie les décisions L prises par le juge de la répartition des compétences normatives et veille à la modification par voie décrétale. À l'occasion de la décision n° 2012-247 QPC du 16 mai 2012[1253], le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur l'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article L. 12-1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Cet article avait antérieurement fait l'objet d'une décision L[1254] dans laquelle le juge avait statué sur le caractère réglementaire des mots « dans les huit jours de la production » et « des pièces ». Ainsi, le Premier ministre était autorisé à les modifier ou les abroger. C'est la seconde option qui avait été choisie par un décret[1255] pris en 2005. Lorsque le juge de la constitutionnalité est saisi, en 2012, pour statuer *a posteriori* sur ces mêmes

---

du 2 mai 1930 ayant pour objet de réorganiser la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, scientifique, légendaire ou pittoresque, *Journal officiel* du 13 mars 1969 ; Décision n° 69-55 L du 26 juin 1969, Décision n° 88-158 L du 13 juillet 1988.

[1250] Décision n° 69-53 L du 27 février 1969 ; Décision n° 69-55 L du 26 juin 1969, Décision n° 70-59 L du 23 février 1970, Nature juridique de certaines dispositions de l'article 4, alinéa 3 modifié, de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites, *Journal officiel* du 1er mars 1970, p. 2117 ; Décision n° 80-120 L du 30 décembre 1980, Nature juridique de diverses dispositions de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites à caractère artistique, historique, légendaire ou pittoresque et de dispositions du code de l'urbanisme et de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture, *Journal officiel* du 31 décembre 1980, p. 3244 ; Décision n° 88-158 L du 13 juillet 1988.

[1251] Loi n° 75-1 du 3 janvier 1975 portant création du centre national d'art et de culture Georges-Pompidou, publiée au *Journal officiel* du 4 janvier 1975 p. 196.

[1252] Décision n° 82-127 L du 10 novembre 1982 et décision n° 95-177 L du 8 juin 1995 (dans cette décision, l'article 4 dans son intégralité était concerné).

[1253] Décision n° 2012-247 QPC du 16 mai 2012, Consorts L. [Ordonnance d'expropriation pour cause d'utilité publique], *Journal officiel* du 17 mai 2012, p. 9153, texte n° 7.

[1254] Décision n° 88-157 L du 10 mai 1988, Nature juridique de dispositions du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, *Journal officiel* du 15 mai 1988, p. 7134.

[1255] Décret n°2005-467 du 13 mai 2005 portant modification du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, publiée au *Journal officiel* n°112 du 15 mai 2005 p. 8449.

dispositions, il se prononce sur une disposition législative ayant subi une abrogation par voie décrétale. Il en tient compte, puisque dans le commentaire, il est précisé : « hormis la suppression du délai (…) l'article L.12-1 n'a pas été modifié depuis son insertion dans le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique »[1256]. Pour autant, la décision L n'est pas visée.

Le cas se rencontre de nouveau, avec la décision n° 2013-338/339 QPC du 13 septembre 2013[1257]. Ce sont les articles 15-4 et 15-5 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique qui sont contrôlés pour juger de leur conformité avec les droits et libertés constitutionnels. Une décision L[1258] avait conclu au caractère réglementaire de l'article 15-5. Ce dernier a été modifié par décret, des fragments de phrases ont été abrogés[1259]. Pour autant, « les dispositions actuelles de l'article L.15-5 sont les dispositions qui demeurent législatives à la suite de ce déclassement »[1260] selon le commentaire assorti à la décision QPC. Le même cas se produit pour l'article 15-2 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique dans sa version antérieure à 2013[1261]. L'alinéa 1er avait été abrogé par un décret[1262] à la suite d'une décision L[1263] mais, comme le précise le commentaire, « les dispositions contestées étaient donc bien des dispositions législatives pouvant faire l'objet d'une QPC »[1264].

Toutefois, la décision n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014[1265] fait, quant à elle, preuve d'innovation. Elle est unique puisqu'elle constitue, à ce jour, la seule décision QPC dans laquelle le juge de la constitutionnalité vise expressément une décision du juge de la répartition des compétences normatives. D'autant que dans ses motifs, il s'y réfère également.

[1256] « Commentaire de la décision n° 2012-247 QPC du 16 mai 2012 », p. 3, disponible à l'adresse, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012247qpc/ccc_247qpc.pdf.

[1257] Décision n° 2013-338/339 QPC du 13 septembre 2013, Société Invest Hôtels Saint-Dizier Rennes et autre [Prise de possession d'un bien exproprié selon la procédure d'urgence], *Journal officiel* du 15 septembre 2013 p. 15528, texte n° 27.

[1258] Décision n° 88-157 L du 10 mai 1988.

[1259] Décret n°2005-467 du 13 mai 2005 portant modification du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique publié au *Journal officiel* n°112 du 15 mai 2005 p. 8449.

[1260] « Commentaire de la décision n° 2013-338/339 QPC du 13 septembre 2013 », p. 2, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013338qpc/ccc_338qpc.pdf.

[1261] Loi n° 2013-431 du 28 mai 2013 portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports, *Journal officiel* n°0122 du 29 mai 2013 p. 8794.

[1262] Décret n°2005-467 du 13 mai 2005 portant modification du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, publié au *Journal officiel* n°112 du 15 mai 2005 p. 8449.

[1263] Décision n° 88-157 L du 10 mai 1988.

[1264] « Commentaire de la décision n° 2012-226 du 6 avril 2012 », p. 4, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012226qpc/ccc_226qpc.pdf.

[1265] Décision n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014, M. Stéphane R. et autres [Cour de discipline budgétaire et financière], *Journal officiel* n°0249 du 26 octobre 2014 p. 17776, texte n° 40.

Le requérant contestait la constitutionnalité d'une multitude de dispositions législatives[1266] notamment l'article L. 311-2 du code des juridictions financières. Or, celui-ci avait fait l'objet de la procédure de délégalisation : le Premier ministre avait saisi le Conseil constitutionnel en 2005 sur le fondement de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution. Le juge de la répartition des compétences normatives avait, à cette occasion, considéré que la disposition qui fixait le nombre de membres du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes composant la Cour de discipline budgétaire et financière était de nature réglementaire[1267]. Ainsi, à la suite de cette décision, un décret a modifié la disposition litigieuse[1268]. Or, dans la décision QPC, le Conseil constitutionnel rappelle la décision du juge de la répartition des compétences normatives et la modification par voie décrétale qui s'en est suivie. Il en tire alors une conséquence : le juge de la constitutionnalité est notamment saisi de dispositions qui ne sont pas législatives[1269]. En effet, « alors que la mixité de la composition de la [Cour de discipline budgétaire et financière] relève de la loi, le choix de la parité résulte du pouvoir réglementaire »[1270]. Eu égard à ces précautions, le Conseil statuant *a posteriori* n'ignore donc pas la jurisprudence du juge de la répartition des compétences normatives.

En l'espèce, il refuse de statuer sur les dispositions à caractère réglementaire. En effet, cette jurisprudence est constante : il ne contrôle pas la constitutionnalité de dispositions législatives ayant subi des modifications par le pouvoir réglementaire[1271]. Pour autant, les dispositions réglementaires seront prises en considération[1272]. En effet, « lorsqu'il est saisi de dispositions

[1266] L. 311-2, L. 311-3, L. 311-5, L. 313-1, L. 313-4, L. 313-6, L. 313-7-1, L. 313-11, L. 314-3, L. 314-4 et L. 314-18 du code des juridictions financières.
[1267] Décision n° 2005-198 L du 3 mars 2005, Nature juridique de dispositions du code des juridictions financières, *Journal officiel* du 9 mars 2005, p. 3950, texte n° 67.
[1268] Décret n°2005-677 du 17 juin 2005 modifiant le livre III du code des juridictions financières, *Journal officiel* n°141 du 18 juin 2005, p. 10367.
[1269] Considérant 7 de la décision n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014 : « Considérant que, dans sa décision du 3 mars 2005 susvisée, le Conseil constitutionnel a jugé que le nombre de membres du Conseil d'État et de la Cour des comptes composant la Cour de discipline budgétaire et financière, figurant aux quatrième et cinquième alinéas de l'article L. 311-2 du code des juridictions financières, dans sa version issue de l'article 1er de la loi du 24 juillet 1995 susvisée, a le caractère réglementaire ; que le paragraphe I de l'article 1er du décret du 17 juin 2005 susvisé a remplacé les quatrième et cinquième alinéas de l'article L. 311-2 du code des juridictions financières par un alinéa ainsi rédigé : « un nombre égal de conseillers d'État et de conseillers maîtres à la Cour des comptes ; que, par suite, les modifications relatives à la fixation du nombre de conseillers d'État et de conseillers maîtres à la Cour des comptes membres de la Cour de discipline budgétaire et financière apportées par ce décret ne sont pas de nature législative ».
[1270] A. Roblot-Troizier, « Les principes constitutionnels du procès équitable ne sont pas applicables à l'enquête administrative préalable à la saisine de la Cour de discipline budgétaire et financière », *RFDA*, 2014, p. 1218.
[1271] Décision n° 2011-152 QPC du 22 juillet 2011, M. Claude C. [Disposition réglementaire - Incompétence], *Journal officiel* du 23 juillet 2011, p. 12655, texte n° 107.
[1272] Cette décision est une confirmation jurisprudentielle. En effet, il a adopté la même formulation issue de sa décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, Société Numéricâble SAS et autre [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes], *Journal officiel* du 7 juillet 2013 p. 11356,

législatives partiellement modifiées par décret et que ces modifications ne sont pas séparables des autres dispositions, il revient au Conseil constitutionnel de se prononcer sur celles de ces dispositions qui revêtent une nature législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution, en prenant en compte l'ensemble des dispositions qui lui sont renvoyées »[1273]. En conséquence, le juge de la constitutionnalité est relativement rigoureux s'agissant des dispositions législatives faisant l'objet d'un contrôle *a posteriori*.

La portée des décisions L dépend donc de la saisine du juge de la constitutionnalité. Dès lors qu'il l'est sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, toutes les précautions sont prises pour éviter de statuer sur une disposition législative jugée réglementaire. *A contrario*, le juge de la constitutionnalité statuant *a priori* ne respecte pas les décisions L. Une explication serait que : lorsque le juge statue sur des QPC, il ne doit se prononcer que sur une disposition législative qui souvent se résume à une phrase, voire quelques mots. En revanche, lorsqu'il est saisi pour se prononcer avant la promulgation du texte, c'est l'intégralité du texte législatif qui est soumis à son contrôle dont parfois des articles relatifs à la ratification des ordonnances. Le travail est donc colossal. Les raisons l'ayant conduit à refuser de censurer l'empiètement du pouvoir législatif sur le domaine réglementaire se retrouvent ici : le juge de la constitutionnalité ne respecte pas toujours les décisions L.

Ainsi, l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel est différente selon qu'il statue en tant que juge de la constitutionnalité ou en tant que juge de la répartition des compétences normatives. Pourtant, l'article 62, alinéa 2 de la Constitution prévoit que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». De plus, la portée de cet article a été rappelée en 1962[1274] par le Conseil : « l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même ». En dépit de cela, la Haute instance ne respecte pas elle-même toutes ses décisions.

texte n° 27. Toutefois, à cette occasion, les dispositions étaient de nature réglementaire car elles émanaient d'une ordonnance n'ayant pas été ratifiée.

[1273] Considérant 8 de la décision n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014 et considérant 3 de la décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013.

[1274] Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, cons. 1.

Conclusion du chapitre

Les offices sont imbriqués les uns aux autres. En ce sens, contrairement à ce qu'affirme le Conseil constitutionnel, ce n'est pas parce qu'il est saisi pour exercer une compétence qu'il s'abstient d'en exercer d'autres. En effet, le juge de la répartition des compétences normatives a déjà effectué des contrôles de constitutionnalité alors qu'il ne devait se prononcer que sur une demande de délégalisation ou sur une irrecevabilité législative. De la sorte, il s'approprie une attribution qu'il n'est pas censée exercer. Il fait ainsi primer la protection du texte constitutionnel.

En outre, les décisions du juge de la répartition des compétences normatives sont peu respectées parce que le juge de la constitutionnalité en a décidé ainsi. Ce dernier n'est pas toujours attentif à la question de savoir qui du pouvoir réglementaire ou du législateur a modifié la disposition. De la sorte, en reléguant son office de juge de la répartition des compétences normatives, le Conseil constitutionnel en est valorisé. En effet, il se détache de son image d'organe rationalisant le parlementarisme pour renforcer sa qualité de gardien de la Constitution.

Conclusion du titre

Le juge de la répartition des compétences normatives voit son rôle diminué à cause du juge de la constitutionnalité. Ce constat est perceptible à plusieurs égards. Le juge de la constitutionnalité s'approprie des compétences qui ne sont pas les siennes. Comme si en tant que gardien de la Constitution, il pouvait à tout prix la défendre même s'il s'agit d'exercer des compétences qu'il ne détient pas. Ainsi, le juge de la constitutionnalité cherche à se substituer au juge de la répartition des compétences normatives qui, quant à lui, n'a pas été sollicité. *In fine*, à vouloir le remplacer, le juge de la constitutionnalité contribue à l'affaiblissement du juge de la répartition des compétences normatives qui est moins saisi.

Le juge de la constitutionnalité adopte, de plus, une jurisprudence qui provoque la désuétude d'une procédure faisant appel au juge de la répartition des compétences normatives. Bien au-delà, le juge de la constitutionnalité se désintéresse des décisions du juge de la répartition des compétences, sauf si une atteinte aux droits et liberté est en jeu. Ainsi, si elles ne sont pas suivies, le législateur ne se verra pas censurer. Pourtant, les décisions du Conseil, quelles qu'elles soient, devraient s'imposer à tous les pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

A contrario, le juge de la constitutionnalité s'immisce dans de rares cas dans les décisions L et FNR. En effet, lorsque la protection du texte constitutionnel est en jeu, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à statuer au-delà de son office. Il cherche donc à s'éloigner de la volonté des constituants en éclipsant un office à la faveur d'un autre. L'office du juge de la constitutionnalité est en ce sens prépondérant, ce qui provoque un effacement du juge de la répartition des compétences normatives.

Conclusion de la Partie

Le juge de la répartition des compétences normatives s'est progressivement affaibli depuis 1958. Primordial aux yeux des constituants, il devait défendre le domaine dévolu au pouvoir réglementaire. Finalement, le juge de la répartition des compétences normatives n'a pas eu suffisamment d'occasion pour mener correctement sa mission originelle. En effet, il a rarement été sollicité : s'agissant de la procédure FNR, seules douze décisions sont à recenser. Cela n'est pas uniquement imputable au Gouvernement ou aux présidents des chambres car, paradoxalement, le Conseil constitutionnel y a également contribué. Il a cherché en effet à dévaloriser cette procédure au profit de ses autres compétences qui l'érigent en juge de la constitutionnalité.

Le constat est identique avec la procédure de délégalisation de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution. Pourtant régulièrement saisi, le Conseil rend, par an, en moyenne[1275] six décisions L[1276]. Toutefois, le Conseil se préoccupe peu de celles-ci. En effet, il ne préserve pas particulièrement le domaine réglementaire comme le prouve la jurisprudence du juge de la constitutionnalité qui ne respecte pas systématiquement les décisions L. En revanche, le juge de la constitutionnalité utilise tous les moyens possibles pour que le domaine législatif soit sauvegarder sinon élargi. Son interprétation du texte constitutionnel le prouve, tout comme la censure pour incompétence négative. Les décisions du juge de la constitutionnalité montrent que l'essentiel réside dans la marge d'intervention du législateur : elle est déterminante pour la saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement des articles 61 et 61-1 de la Constitution. Ainsi, qu'importe si les compétences du pouvoir réglementaires ne sont pas protégées d'un législateur envahissant.

Imputer au Gouvernement ou au Parlement les lois matériellement réglementaires[1277], l'abandon de la procédure FNR ou la faible effectivité des décisions L revient à ignorer, sinon méconnaître, la jurisprudence du juge de la constitutionnalité. En effet, le Conseil constitutionnel, en tant que juge de la constitutionnalité, y a largement contribué. En ce sens,

[1275] En 2015, dix décisions L ont été rendues alors qu'en 2009, 2010 et 2016, seules quatre décisions L sont recensées.
[1276] La moyenne est faite sur onze années (2008 à 2018 incluses).
[1277] Pierre Mazeaud avait laissé entendre que le Gouvernement en était responsable puisqu'il « ne manque d'ailleurs pas de moyens de faire respecter ses prérogatives ». Voir en ce sens : P. Mazeaud, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP A*, n° 3, 2005, p. 265.

l’office de juge de la constitutionnalité constitue la pierre angulaire de toute la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce qui explique sa domination sur les autres offices.

Partie 2. L'impérialisme du juge de la constitutionnalité

Le Conseil constitutionnel a été conçu pour être au service du pouvoir exécutif. À ce titre, il rend des avis destinés, initialement, au seul organe exécutif, ou il contrôle la régularité des élections des parlementaires. La Haute instance se voit investie d'une double mission, consultative et juridictionnelle, dont l'objectif est identique : soutenir le pouvoir exécutif et affaiblir le Parlement.

Cette double fonction n'est pas singulière puisque le Conseil d'État la détient également. Pour ces deux institutions, leur fonction juridictionnelle permet de rendre leurs avis contraignants. En effet, le Gouvernement suit « presque toujours [l]es avis juridiques [de la juridiction administrative suprême car] procéder différemment serait (…) prendre un très grand risque pour les textes réglementaires, passibles ensuite de la censure du Conseil d'État statuant au contentieux »[1278].

De même pour le Conseil constitutionnel : son office consultatif ne s'exerce pas indépendamment de ses offices juridictionnels, et ce d'autant plus que les membres appelés à siéger sont identiques. Toutefois, ce sont principalement l'office de juge électoral et l'office de juge de la constitutionnalité qui collaborent avec l'office consultatif. En apparence, la compétence consultative paraît d'ailleurs uniquement liée au contentieux électoral. En effet, à la demande du Premier ministre, le Conseil constitutionnel est saisi pour avis sur les actes préparatoires au référendum[1279] ou à l'élection présidentielle[1280]. À cela s'ajoutent les observations que le Conseil constitutionnel émet à l'issue de tous les scrutins nationaux[1281]. Les consultations de la Haute instance sont donc, majoritairement, relatives au droit électoral. Ainsi,

[1278] M. Long, « Le Conseil d'Etat et la fonction consultative : de la consultation à la décision », art. cité, p. 787.
[1279] Article 46 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, publiée au *Journal officiel* du 9 novembre 1958, p. 10129 : « Le Conseil constitutionnel est consulté par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum. Il est avisé sans délai de toute mesure prise à ce sujet ».
[1280] Le III de l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publiée au *Journal officiel* du 7 novembre 1962, p. 10762 : « III. – Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations et examine les réclamations dans les mêmes conditions que celles fixées pour les opérations de référendum par les articles 46, 48, 49, 50 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ».
[1281] Dans la plupart des cas, les observations sont formulées après les scrutins nationaux, exception faite des celles émises en prévision des scrutins législatifs et présidentiels de 2007 (Décision n° 2005-22 ELEC du 7 juillet 2005, Observations du Conseil constitutionnel sur les échéances électorales de 2007, *Journal officiel* du 8 juillet 2005, p. 11259, texte n° 83).

la fonction juridictionnelle du Conseil résultant de son office de juge électoral est un moyen pour le conseiller d'obtenir le respect de ses avis. L'office consultatif et l'office de juge électoral du Conseil constitutionnel collaborent, ce qui valorise sa fonction consultative.

Le conseiller est également soutenu par le juge de la constitutionnalité, et ce y compris dans des domaines étrangers à la matière électorale. Deux circonstances sont alors à mettre en relief : soit l'office de juge de la constitutionnalité se dissimule dans l'office consultatif, soit le juge de la constitutionnalité se voit saisi de textes inspirés des recommandations du conseiller.

Le premier cas se rencontre lorsque des avis ou des observations contiennent des examens de constitutionnalité. Par exemple, lorsque le Président de la République, sur le fondement de l'article 16 de la Constitution, saisit, pour avis, le Conseil constitutionnel. À cette occasion, seul l'office consultatif est sollicité. Pour autant, un contrôle de constitutionnalité est perceptible. L'office du juge de la constitutionnalité s'immisce dans les avis du conseiller qui sont d'ailleurs, le plus souvent, assimiler à des avis de constitutionnalité.

Dans le second cas, le juge de la constitutionnalité est appelé à statuer sur des dispositions législatives issues des suggestions du conseiller. Le juge de la constitutionnalité n'ignore pas les recommandations du conseiller : ces dispositions législatives sont présumées être constitutionnelles.

Les deux offices interagissent. Ces empiètements sont favorables au conseiller puisqu'il profite de la suprématie du juge de la constitutionnalité. Le rôle de gardien du texte suprême, résultant de l'office de juge de la constitutionnalité, encourage le respect des avis. En effet, étant donné que les suggestions portent l'empreinte de l'office de juge de la constitutionnalité, les pouvoirs publics se sentent davantage contraints de les suivre. Ainsi, bien que le conseiller intervienne dans plusieurs domaines distincts, ses avis sont dotés d'une portée juridique contraignante grâce aux offices juridictionnels, et plus particulièrement grâce à l'office du juge de la constitutionnalité (Titre 1).

L'impérialisme du juge de la constitutionnalité s'étend au-delà de l'office consultatif et concerne également l'exercice de l'office de juge électoral. Pourtant, à l'origine, le respect du texte suprême était loin de constituer une préoccupation majeure. L'idée essentielle était de fragiliser les parlementaires, cela passait par le contrôle de leur élection en cas de contestation. Il fallait notamment les sanctionner pour « leur incapacité »[1282] résultant du scandale

[1282] P. Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 265.

de 1956[1283]. Même si le droit comparé[1284] prouve que les juridictions constitutionnelles ne sont pas systématiquement compétentes pour contrôler les élections des membres du Parlement, cette attribution est confiée au Conseil constitutionnel. Eu égard à cette compétence, les fondateurs de la nouvelle République ont alors jugé naturel de lui confier les autres contentieux des scrutins nationaux. Lui octroyer le contentieux de l'élection présidentielle et celui des opérations référendaires[1285] n'a d'ailleurs pas « donné lieu à discussion »[1286]. La Haute instance, juge électoral, est donc la juridiction compétente pour tous ces scrutins nationaux. Néanmoins, les réclamations relatives aux élections parlementaires constitue l'activité principale de son office. Pour preuve, plus de 3500 décisions[1287] concernant les élections des députés et des sénateurs ont été rendues alors que, confondues, les décisions relatives aux élections présidentielles et aux référendums atteignent difficilement le seuil des 200[1288].

En dépit de la volonté des constituants, l'office de juge électoral du Conseil constitutionnel a eu tendance, *in fine*, à renforcer l'élection des parlementaires. Lorsque le juge électoral est saisi, et ce quel que soit le scrutin concerné, il vérifie attentivement la régularité des opérations électorales. Il participe d'ailleurs à la protection du texte constitutionnel puisqu'il censure les résultats découlant d'un scrutin inconstitutionnel. À ce titre, l'office de juge électoral du Conseil constitutionnel n'est, en somme, pas différent de celui d'un juge ordinaire qui, lui aussi, détient un office de juge constitutionnel[1289]. Comme les autres juges, la Haute instance, saisie en tant que juge électoral, doit également être respectueuse des décisions DC et QPC relatives à la matière électorale. Le juge électoral prolonge la

[1283] Onze députés poujadistes ont vu leur élection contestée puis invalidée par leurs pairs. Toutefois, le plus surprenant est qu'aucune élection partielle n'a été organisée : ce sont les adversaires qui les ont remplacés.
[1284] Par exemple, en Australie ou au Japon, le mécanisme de vérification des pouvoirs perdure.
Article 47 de la Constitution australienne de 1900 : « sauf dispositions contraires du Parlement fédéral, toute question relative à l'éligibilité d'un sénateur au d'un membre de la Chambre des Représentants ou toute question relative aux difficultés soulevées par une élection sera de la compétence de la Chambre dans laquelle la question sera présentée ».
Article 55 de la Constitution du Japon du 3 novembre 1946 : « Chaque Chambre juge les conflits relatifs à l'éligibilité de ses membres. Cependant, un membre ne peut être privé de son siège que par l'adoption d'une résolution prise à la majorité des deux tiers au moins des membres présents ».
[1285] Modifications proposées par le groupe de travail le 16 juillet 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume I, *op. cit.*, p. 445.
[1286] L. Philip, « Le Conseil constitutionnel » *in* D. Maus, L. Favoreu et J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958, op. cit.*, p. 479.
[1287] Le Conseil a rendu environ 3350 décisions AN pour un peu moins de 250 décisions SEN.
[1288] Plus de 170 décisions PDR sont recensées et moins d'une quarantaine décisions REF.
[1289] À deux égards : il protège le texte suprême en censurant des scrutins inconstitutionnels et il contrôle la légalité ou la constitutionnalité des actes préparatoires aux opérations électorales.
Voir en ce sens : Ch.-E. Sénac, *L'office du juge constitutionnel, Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, *op. cit.*, p. 16.

jurisprudence du juge de la constitutionnalité : il la respecte en se conformant notamment aux réserves d'interprétation formulées par le juge de la constitutionnalité.

Toutefois, depuis 2012, le juge électoral se distingue des autres juridictions. L'influence qu'exerce le juge de la constitutionnalité sur l'office de juge électoral s'est considérablement développée : le juge électoral contrôle désormais la conformité des lois *a posteriori* (Titre 2). Son office de juge électoral s'est donc transformé en subissant l'attraction du juge de la constitutionnalité.

Titre 1. Un conseiller doté d'attributs juridictionnels

Une cour constitutionnelle est une juridiction créée pour connaître du seul contentieux constitutionnel[1290] alors qu'une cour suprême n'a pas été instituée pour contrôler exclusivement la conformité des lois à la Constitution. D'ailleurs, à titre d'exemple, « les trois-quarts environ de [l']activité [de la Cour suprême des Etats-Unis] ne relève pas de la justice constitutionnelle[1291]. Si la distinction entre ces deux types de cours peut parfois se révéler complexe[1292], on relève notamment[1293] un point commun : leurs décisions rendues ne sont pas susceptibles de recours.

Les cours constitutionnelles et suprêmes étrangères exercent une multitude de compétences. En Belgique, bien que la première compétence de la Cour constitutionnelle soit de juger, voire d'annuler des lois inconstitutionnelles[1294], elle exerce, depuis sa création[1295], une mission conciliatrice qui est celle « de veiller à un partage aussi exact que possible des compétences entre les partenaires de la Fédération »[1296]. La Cour constitutionnelle italienne, quant à elle, est chargée notamment, conformément à l'article 134 de la Constitution[1297], de trancher le conflit d'attributions entre les pouvoirs de l'État, entre l'État et ses provinces ainsi qu'au sein des régions. C'est elle, également, qui juge des infractions pénales commises par le Président de la République. Au Portugal, le Tribunal constitutionnel intervient en cas de décès, d'empêchement ou de destitution du Président de la République[1298] alors qu'en Espagne, le juge constitutionnel est notamment chargé de régler les conflits de compétences de la Cour des

[1290] L. Favoreu et W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, 2ème édition, Dalloz, 2016, p. 4.
[1291] F. Hamon et C. Wiener, *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, LGDJ, 2011, p. 28.
[1292] A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act* 2005 : une juridiction hors norme », *Jus politicum*, n°9, 2013, disponible à l'adresse : http://juspoliticum.com/article/La-Cour-supreme-au-Royaume-Uni-apres-le-Constitutional-Reform-Act-2005-une-juridiction-hors-norme-641.html.
[1293] D'aucuns admettent, à l'instar de Wanda Mastor, qu' « une juridiction qui peut être saisie *a posteriori* a nécessairement quelque chose de " suprême "... ». W. Mastor, « La reformulation de la question par le Conseil constitutionnel », *NCCC*, n°38, 2013, p. 226.
[1294] G. Rosoux, « La Cour constitutionnelle de Belgique », *NCCC*, n° 41, 2013, p. 201.
[1295] Autrefois dénommée Cour d'arbitrage, elle deviendra une « Cour constitutionnelle » avec deux révisions constitutionnelles du 7 mai 2007, publiées au Moniteur belge du 8 mai 2007.
[1296] F. Delpérée, « Présentation de la Cour d'Arbitrage de Belgique », *CCC*, n° 12, 2002, p. 49.
[1297] « La Cour constitutionnelle juge :
- les litiges relatifs à la constitutionnalité des lois et des actes, ayant force de loi, de l'État et des régions;
- les conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État, ceux entre l'État et les régions, et entre les régions;
- les accusations portées contre le président de la République, conformément à la Constitution ».
(Traduction du site internet de l'Université de Perpignan : mjp.univ-perp.fr).
[1298] Article 23 de la Constitution Portugaise : « Il incombe également au Tribunal constitutionnel :
a) de constater la mort du président de la République, de déclarer impossible la poursuite du mandat du fait de problèmes de santé durables, ainsi que de constater les empêchements temporaires à l'exercice de ses fonctions ».

comptes[1299]. La Cour constitutionnelle autrichienne, ne faisant pas figure d'exception, juge « les organes suprêmes de la Fédération et des Länder »[1300]. Pour ce qui est de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, elle peut statuer sur l'inconstitutionnalité d'un parti politique[1301] : l'illustration la plus célèbre date de 1952 lorsqu'elle a interdit le parti socialiste du Reich[1302]. Les exemples pourraient être multipliés. C'est une évidence[1303] que l'histoire constitutionnelle de chaque pays explique la singularité et l'étendue des missions des juridictions constitutionnelles.

Le Conseil constitutionnel, en France, est lui aussi doté de compétences originales. Depuis la loi organique du 15 septembre 2017[1304], il peut être saisi par le bureau de l'Assemblée nationale si un parlementaire ne satisfait pas aux obligations fiscales qui lui incombent. Dans ce cas, le Conseil peut, « en fonction de la gravité du manquement, déclarer le député inéligible à toutes les élections »[1305] et le déclarer démissionnaire d'office de son mandat en cours. Il s'érige donc en contrôleur du respect des obligations fiscales.

En outre, le Conseil détient une fonction consultative. À l'analyse, cette dernière n'en est pas réellement une car, le plus souvent, le conseiller est susceptible d'imposer ses avis grâce aux autres offices juridictionnels du Conseil constitutionnel (Chapitre 1). Néanmoins, le droit comparé prouve qu'il n'est pas l'unique juridiction à profiter de ses fonctions juridictionnelles lorsqu'il rend des conseils. Au contraire, il apparaît que les cours suprêmes ou constitutionnelles dotées d'une mission consultative sont justement consultées car elles sont protectrices du texte suprême. En ce sens, elles émettent, comme le Conseil constitutionnel, des avis de constitutionnalité (Chapitre 2).

[1299] Article 8.1 de la loi organique 2/1982 relative au Tribunal constitutionnel espagnol.
[1300] Article 142 de la Loi constitutionnelle fédérale (Bundes-Verfassungsgesetz) du 1er octobre 1920.
[1301] Paragraphe 46, Section 2, troisième partie de la Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale (*Journal officiel* de la République fédérale d'Allemagne, I, p. 1473), amendée par la Loi du 29 août 2013, entrée en vigueur le 4 septembre 2013 (*Journal officiel* de la République fédérale d'Allemagne, I, p. 1823).
[1302] BVerfGE 2, 23 octobre 1952, p. 1.
[1303] M. Troper, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *NCCC*, n° 28, 2010, pp. 4-9.
[1304] Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique, publiée au *Journal officiel* n°0217 du 16 septembre 2017.
[1305] Paragraphe IV de l'article L.O. 136-4 du code électoral.

Chapitre 1 : L'emprise du conseiller sur le juge

Dans la Constitution de 1958, seul l'article 16[1306] consacre la compétence consultative du Conseil constitutionnel. Aucune autre disposition au sein du texte suprême ne prévoit la consultation de la Haute instance. Cependant, selon l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel[1307] et la loi organique du 6 novembre 1962[1308], le Gouvernement a l'obligation de consulter le Conseil[1309] pour les textes nécessaires à l'organisation de l'élection présidentielle et des référendums. « Il s'agit d'une formalité substantielle dont la méconnaissance entraînerait l'illégalité de tous les actes pris en cette matière »[1310].

La sollicitation du Conseil constitutionnel est pourvue de base légale à trois égards. Pour le reste, il a étendu sa compétence en s'octroyant le pouvoir de rendre des recommandations. Certains ont alors écrit qu'« après avoir refusé de donner son avis quand on le lui demandait[1311] (…), [il] décide à présent de le donner quand on ne lui demande pas »[1312].

Une distinction doit être opérée entre les consultations officielles et les consultations officieuses ainsi qu'entre celles qui sont dotées d'un fondement juridique et celles qui ne le sont pas. Les consultations officieuses sont généralement dépourvues de base légale. Dénoncées par la doctrine[1313], elles ne seront pas étudiées puisqu'inaccessibles et plus souvent informelles. À ce propos, Léon Noël confesse avoir été consulté officieusement mais refusa systématiquement de répondre : « il m'est impossible de me prononcer sur des questions susceptibles d'être ultérieurement soumises à l'appréciation du Conseil. Celui-ci, d'autre part, ne saurait être saisi

[1306] Notamment en son alinéa 1 : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel ».
[1307] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, publiée au *Journal officiel* du 9 novembre 1958, p. 10129.
[1308] Loi n° n°62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publiée au *Journal officiel* du 7 novembre 1962 p. 10762, article 3 : « (…) III. - Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations et examine les réclamations dans les mêmes conditions que celles fixées pour les opérations de référendum par les articles 46, 48, 49, 50 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ».
[1309] Article 46 de la Constitution de 1958 : « Le Conseil constitutionnel est consulté par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum. Il est avisé sans délai de toute mesure prise à ce sujet ».
[1310] L. Philip, « Les attributions et le rôle du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1962, p. 81.
[1311] Décision n° 61-1 AUTR du 14 septembre 1961, Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale (Recevabilité de la motion de censure), *Journal officiel* n° 220 des 18 et 19 septembre 1961, p. 8631.
[1312] L. Philip, « Note sous déclaration du Conseil constitutionnel du 24 mai 1974 », *AJDA*, 1974, p. 377.
[1313] Voir dans ce sens : R. Chiroux, « Faut-il réformer le Conseil », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 120.

que dans les cas et suivant les modalités prévues par la Constitution et l'ordonnance organique qui le régit »[1314]. En revanche, certaines consultations sans fondement juridique sont publiées, c'est par exemple le cas des observations émises à l'issue des opérations électorales. Celles-ci pourront donc être examinées.

L'office consultatif concerne, par conséquent, tous les avis émis par le Conseil constitutionnel avant ou après un scrutin national. De façon générale, qu'ils soient obligatoires ou non, ils n'entrent pas dans la catégorie des avis conformes. Pour autant, ils sont dotés d'une portée contraignante. Le Conseil constitutionnel parvient en effet à s'imposer car ces avis ont une influence sur les offices juridictionnels : de cette façon ses « observations »[1315] sont suivies (Section 1). En outre, la porosité de l'office consultatif est flagrante en ce que ses avis s'insèrent, parfois, dans les décisions. De même, les décisions contiennent des points de vue qui sont assimilables à des recommandations (Section 2).

Section 1 : Le pouvoir d'imposer ses recommandations

Le Conseil constitutionnel émet des recommandations à propos des référendums, des élections législatives, sénatoriales et présidentielle. Néanmoins cette attribution est dépourvue de base légale. En effet, les seules recommandations prévues par les textes le sont en matière référendaire : ce sont celles « concernant la liste des organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande »[1316], qui ne sont ni obligatoires ni publiées. Cependant, la Haute instance s'attribue une autre compétence : celle de formuler d'autres suggestions après la consultation nationale, il en va « de sa responsabilité »[1317]. Elle a ainsi dépassé le champ de sa compétence consultative. Mais le plus remarquable est le fondement juridique : il se fonde sur des articles de la Constitution lui donnant compétence pour statuer en tant que juge électoral alors qu'il se comporte ici comme un conseiller[1318]. « Cela conduit à légitimer maladroitement une fonction consultative par l'existence d'une fonction juridictionnelle »[1319].

[1314] L. Noël, *De Gaulle et les débuts de la V^ème^ République, 1958-1965, op. cit.*, p. 38.
[1315] Terme utilisé par le Conseil constitutionnel sauf en 1974, où il utilise l'expression « déclaration ».
[1316] Article 47 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.
[1317] Décision n° 74-33 PDR du 24 mai 1974, Déclaration du Conseil constitutionnel (à l'occasion de la proclamation des résultats de l'élection présidentielle de 1974), Recueil p. 57.
[1318] Il s'agit des articles 58, 59 et 60 de la Constitution.
[1319] R. Arsac « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°68, 2006, p. 795.

Étant donné que ces recommandations n'ont pas de valeur contraignante, contrairement aux décisions du Conseil constitutionnel qui s'imposent à tous les pouvoirs publics, elles doivent être considérées comme étant rendues par le conseiller et non le juge électoral. En effet, même si le Conseil « délibère »[1320], il ne s'agit que de conseils, voire de suggestions.

La première en date concerne l'élection présidentielle de 1974[1321]. Alors qu'initialement le Conseil les nommait « déclaration »[1322], les suivantes sont des « observations »[1323]. En matière référendaire[1324], les premières observations ont été émises après la proclamation des résultats du référendum de 1992[1325]. Elles pallient l'absence de publication des avis que le Conseil constitutionnel émet en amont des scrutins qui, eux, sont secrets. La publication de ces suggestions leur octroie en effet une portée juridique, bien qu'elles ne soient pas concernées par l'article 62 de la Constitution.

Ces recommandations sont également formulées pour les autres élections, législatives et sénatoriales, depuis 1994[1326], alors même qu'aucune attribution consultative n'est consacrée pour celles-ci. Les observations émises par le Conseil constitutionnel sont donc d'une nature particulière. Bien qu'elles ne s'imposent pas aux pouvoirs publics comme ses décisions juridictionnelles, ces observations vont influencer le juge de la constitutionnalité (§1) et le juge électoral (§2). D'autant que, contrairement à ce qui se passe au Conseil d'État, les membres siégeant à l'occasion d'une séance de délibération de décisions ou d'avis sont les mêmes.

[1320] Notion présente à chaque fin d'observations électorales. Par exemple : « Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 11 juillet 2013 », décision n° 2013-26 ELEC du 11 juillet 2013, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2012, *Journal officiel* du 17 juillet 2013, p. 11956, texte n° 100.

[1321] Décision n° 74-33 PDR du 24 mai 1974.

[1322] *Ibid.*

[1323] Décision n° 88-61 PDR du 21 juillet 1988, Observations du Conseil constitutionnel relatives à l'élection présidentielle des 24 avril et 8 mai 1988 ; Décision n° 95-93 PDR du 8 décembre 1995, Observations du Conseil constitutionnel relatives à l'élection présidentielle des 23 avril et 7 mai 1995, *Journal officiel* du 15 décembre 1995, p. 18248 ; Décision n° 2000-94 PDR du 22 juin 2000, Observations du Conseil constitutionnel dans la perspective de l'élection présidentielle, *Journal officiel* du 23 Juillet 2000, p. 11403 ; Décision n° 2002-129 PDR du 7 novembre 2002, Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002, *Journal officiel* du 15 novembre 2002, p. 18808 ; Décision n° 2007-142 PDR du 7 juin 2007, Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2007, *Journal officiel* du 12 juin 2007, p. 10247, texte n° 37 ; Décision n° 2012-155 PDR du 21 juin 2012, Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2012, *Journal officiel* du 23 juin 2012, p. 10354, texte n° 65.

[1324] Décision n° 92-20 REF du 6 octobre 1992, Observations du Conseil constitutionnel relatives au référendum du 20 septembre 1992.

[1325] Décision n° 92-19 REF du 23 septembre 1992, Proclamation des résultats du référendum du 20 septembre 1992, *Journal officiel* du 25 septembre 1992

[1326] Décision n° 94-9 ELEC du 29 mars 1994, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 21 et 28 mars 1993.

§1 : Un juge de la constitutionnalité influencé

Le juge de la constitutionnalité est influencé par les observations du conseiller, bien que ce soit difficilement perceptible (A). Toutefois, il arrive que le conseiller présuppose une décision d'inconstitutionnalité. En ce sens, les conseils formulés par le Conseil constitutionnel peuvent inspirer la jurisprudence du juge de la constitutionnalité. Il avertit d'un futur cas d'inconstitutionnalité. Il prévient qu'une disposition législative est certainement inconstitutionnelle et pourrait être censurée. C'est le cas en 1997 : dans ses observations formulées à l'issue des élections législatives, le conseiller précise que « la peine automatique d'inéligibilité prévue par la loi du 25 janvier 1985 appelle de sérieuses réserves au regard des principes de la nécessité des peines, des droits de la défense et du procès équitable. [L'article 194 de la loi du 25 juillet 1985[1327]] constitue en réalité une survivance sur le maintien de laquelle il est légitime de s'interroger »[1328]. Cette loi, a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité seulement deux années après la formulation de ces observations. Le juge de la constitutionnalité a utilisé la technique issue de la jurisprudence Nouvelle-Calédonie[1329] lui permettant de contrôler « la conformité à la Constitution d'une loi déjà promulguée (…) à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine »[1330]. De la sorte, en 1999[1331], le juge de la constitutionnalité décide de censurer l'article 194 de la loi du 25 juillet 1985 en considérant que ces dispositions portent atteinte à l'article 8 de la DDHC.

Néanmoins, le plus souvent, les observations du conseiller ont une influence différente sur le juge de la constitutionnalité. Ces recommandations ont plutôt tendance à présumer une décision de conformité à la Constitution (B).

[1327] Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, publiée au *Journal officiel* du 26 janvier 1985, p. 1097. Son article 194 dispose que : « le jugement qui prononce soit la faillite personnelle (…), soit l'interdiction prévue à l'article 192 emporte l'incapacité d'exercer une fonction publique élective. L'incapacité s'applique également à toute personne physique à l'égard de laquelle la liquidation judiciaire a été prononcée. Elle prend effet de plein droit à compter de la notification qui en est faite à l'intéressé par l'autorité compétente ».

[1328] Décision n° 98-15 ELEC du 4 juin 1998, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 25 mai et 1er juin 1997, *Journal officiel* du 12 juin 1998, p. 8927.

[1329]Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, *Journal officiel* du 26 janvier 1985, p. 1137.

[1330] Considérant 10 de la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.

[1331] Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, *Journal officiel* du 21 mars 1999, p. 4234.

A. Une influence peu perceptible

Le juge de la constitutionnalité refuse parfois de respecter les observations du conseiller. Il n'utilise pas systématiquement son office de juge de la constitutionnalité pour imposer ses recommandations émises en matière électorale. Une illustration flagrante concerne la publication du nom des élus qui présentent un candidat à l'élection présidentielle. Les premières observations électorales formulées à l'issue de l'élection présidentielle de 1974 faisaient déjà état d'un tel constat[1332], celles qui suivent[1333] n'ont jamais cessé de rappeler la nécessité de la publication. « L'exercice du parrainage [qui] est une fonction confiée à son titulaire du fait de son élection par le suffrage »[1334] émane d'une volonté personnelle. Les deux éléments essentiels de la présentation d'un candidat à l'élection présidentielle sont quelque peu contradictoires, ce qui explique la publication des parrains dans la limite de cinq cents. L'objectif du législateur organique était de concilier ces deux aspects. Initialement[1335], le nombre de présentations exigé pour être candidat à l'élection présidentielle était de cent. Ce n'est qu'à partir de 1976[1336] que le niveau est revu à la hausse, à savoir cinq cent, et que les noms des élus sont publiés uniquement dans la limite du nombre requis. Le juge de la constitutionnalité a approuvé ces changements[1337].

Néanmoins, une requérante, Marine Le Pen, s'est saisie de ce point d'achoppement entre le Conseil constitutionnel et le législateur organique. Elle a demandé au Premier ministre d'abroger l'alinéa 1er de l'article 7 du décret n° 2001-213 du 8 mars 2001[1338] aux termes duquel le « Conseil constitutionnel, après s'être assuré de la régularité des candidatures et du consentement des candidats, en arrête la liste ». Le Premier ministre ayant refusé, elle saisit le Conseil d'État et tente un recours pour excès de pouvoir. C'est à cette occasion qu'elle forme une QPC[1339] devant la juridiction administrative suprême en considérant que le cinquième

[1332] Décision n° 74-33 PDR du 24 mai 1974.
[1333] Décision n° 88-61 PDR du 21 juillet 1988, décision n° 2002-129 PDR du 7 novembre 2002, Décision n° 2007-142 PDR du 7 juin 2007, décision n° 2012-155 PDR du 21 juin 2012.
[1334] J.-C. Colliard, « Les parrainages à l'élection présidentielle », *NCCC*, n° 34, 2012, p. 13.
[1335] Paragraphe I de l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publiée au *Journal officiel* du 7 novembre 1962, p. 10762.
[1336] Paragraphe II de l'article unique de la loi n°76-528 du 18 juin 1976 modification de l'article 3 de la loi 621292 du 6 novembre 1962.
[1337] Décision n° 76-65 DC du 14 juin 1976, Loi organique modifiant la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, *Journal officiel* du 19 juin 1976, p. 3687.
[1338] Décret n° 2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publié au *Journal officiel* n°58 du 9 mars 2001, p. 3772.
[1339] Décision n° 2012-233 QPC du 22 février 2012, Mme Marine LE PEN [Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités à présenter un candidat à l'élection présidentielle], *Journal officiel* du 22 février 2012, p. 3023, texte n° 71.

alinéa du paragraphe I de l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962[1340] était contraire à la Constitution. Cet alinéa dispose : « le nom et la qualité des citoyens qui ont proposé les candidats inscrits sur la liste sont rendus publics par le Conseil constitutionnel huit jours au moins avant le premier tour de scrutin, dans la limite du nombre requis pour la validité de la candidature ». Elle soutient que cette disposition méconnaîtrait les principes d'égalité et de secret du suffrage, du pluralisme des courants d'idées et d'opinions ainsi que celui d'égalité devant la loi.

La requérante espérait que le Conseil constitutionnel censurerait cette disposition afin d'éviter une publication des noms des élus l'ayant présentée. *A contrario,* le conseiller prônait la publication totale des élus ayant présenté un candidat. Étant donné que la QPC portait sur une disposition législative organique ayant déjà subi un examen de constitutionnalité, un changement de circonstances a été recherché. En l'occurrence, il s'agit de l'adjonction d'un nouvel alinéa à l'article 4 de la Constitution[1341]. Le juge de la constitutionnalité aurait pu « concrétiser »[1342] ses observations en suppléant le législateur organique et en censurant totalement la disposition. Mais ceci aurait pu contredire le vœu du Conseil constitutionnel : l'anonymat des présentateurs, sauf si le juge de la constitutionnalité avait assorti sa déclaration d'inconstitutionnalité de réserves d'interprétation transitoires.

En définitive, il a jugé que la disposition contestée était conforme à la Constitution. Ce faisant, il n'a donc pas saisi l'occasion qui se présentait à lui. N'ayant pas un pouvoir de même nature que le Parlement[1343], il ne lui appartient pas « de juger en opportunité cette limitation »[1344]. Toutefois, le paradigme peut également être renversé : cette décision prouverait que le juge de la constitutionnalité est influencé par ses avis. Il n'aurait jamais censuré la disposition puisqu'il souhaite une extension de son application. Ainsi le juge de la constitutionnalité s'inspire de ses recommandations.

[1340] Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publiée au *Journal officiel* du 7 novembre 1962, p. 10762.
[1341] « La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ».
[1342] A. Roblot-Troizier et G. Tusseau, « La validation des règles de publication des " parrainages " : entre habileté et résignation des juges », *RFDA*, 2012, p. 531.
[1343] Considérant 9 de la décision n° 2012-233 QPC du 22 février 2012.
[1344] « Commentaire de la décision n°2012-233 QPC du 21 février 2012 », p. 14, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012233qpc/ccc_233qpc.pdf.

B. La présomption de constitutionnalité des dispositions législatives s'inspirant des observations

Le juge de la constitutionnalité opère un contrôle de constitutionnalité succinct sur les lois qui introduisent les suggestions du conseiller, comme si ses recommandations étaient dotées d'une présomption de constitutionnalité.

L'exemple de la présentation des candidats à l'élection présidentielle est une fois encore éclairant. Le législateur organique de 1976 a modifié la loi référendaire de 1962 en augmentant le nombre de « parrains » pour la validité des candidatures à l'élection présidentielle. Il étend en plus leur assise territoriale puisque ceux-ci doivent provenir, pour plus d'un dixième d'entre eux, de départements et territoires d'outre-mer différents. Il instaure également la publication des noms de ces « parrains » dans la limite de cinq cents[1345]. Le conseiller a donc été entendu : ses suggestions ont été suivies[1346]. Ainsi, lorsque le juge de la constitutionnalité est saisi pour contrôler cette loi organique, c'est au moyen de deux brefs considérants seulement qu'il déclare sa conformité[1347]. L'examen de constitutionnalité est concis, voire superficiel.

Une autre illustration est remarquable. Un nouveau découpage des circonscriptions législatives était exigé dans ses observations de 2003[1348], de 2005[1349] et de 2008[1350]. En fin de compte, une loi a été adoptée[1351]. Par sa décision du 8 janvier 2009[1352], le juge de la constitutionnalité l'a estimée conforme. Ainsi, le Conseil constitutionnel « [vérifie] ''au mieux'' que le redécoupage est opéré en mieux »[1353]. Cette décision témoigne de la prise en compte des suggestions du conseiller : malgré les éventuelles inconstitutionnalités[1354], il n'opère pas de censure puisqu'il espérait vivement cette loi. Il ne se serait donc pas permis de censurer cette loi au risque de se retrouver dans la même situation qu'auparavant.

[1345] S. Pina, « Les imperfections du dispositif de présentation des candidats à l'élection présidentielle (à propos de Cons. const., 21 juin 2012) », *LPA*, n°185, 2012, p. 3.
[1346] Décision n° 74-33 PDR du 24 mai 1974.
[1347] Décision n° 76-65 DC du 14 juin 1976.
[1348] Décision n° 2003-20 ELEC du 15 mai 2003.
[1349] Décision n° 2005-22 ELEC du 7 juillet 2005.
[1350] Décision n° 2008-24 ELEC du 29 mai 2008.
[1351] Loi n° 2010-165 du 23 février 2010 ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés publiée au *Journal officiel* n°0046 du 24 février 2010, p. 3385.
[1352] Décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés, *Journal officiel* du 14 janvier 2009, p. 724, texte n° 4.
[1353] A. Levade, « Conseil constitutionnel - Une constitutionnalité en trompe-l'œil ou l'impossible censure des découpages électoraux ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 février 2010 », *JCP G*, n° 11, 2010, p. 274.
[1354] *Ibid.*

Le juge de la constitutionnalité franchit un pas supplémentaire dans des décisions de 2001[1355] et 2006[1356]. Dans ces deux cas[1357], il vise les observations émises par le conseiller. « La " chose observée " présente l'insigne mérite d'éclairer la législation examinée à l'occasion du contrôle de constitutionnalité et d'influencer la décision rendue par le Conseil constitutionnel »[1358]. Comme si désormais ses suggestions pouvaient être intégrées au bloc de constitutionnalité et avaient ainsi une valeur constitutionnelle[1359].

De façon encore plus flagrante, lors du contrôle de la loi organique de 2016[1360], « un paquet de modernisation électorale »[1361] a été adopté[1362] par le législateur et le pouvoir réglementaire[1363]. Or, dans sa décision du 21 avril 2016, le juge de la constitutionnalité vise à nouveau ses observations de 2012[1364]. Le plus surprenant, néanmoins, est qu'il établisse un lien explicite dans ses motifs. En effet, il précise : « comme l'avait recommandé le Conseil constitutionnel dans ses observations »[1365] ou encore : « ces règles nouvelles font suite aux observations susvisées du Conseil constitutionnel »[1366]. « Pour la première fois, il semble que ce dernier ait consacré ses observations comme une nouvelle norme de référence intégrée au bloc de constitutionnalité en matière de contrôle des élections présidentielles »[1367]. Aussi, s'agissant du temps de parole des candidats, le conseiller proposait[1368], avant le début de la

[1355] Décision n° 2001-443 DC du 1er février 2001, Loi organique modifiant la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, *Journal officiel* du 6 février 2001, p. 2000.
[1356] Décision n° 2006-536 DC du 5 avril 2006, Loi organique relative à l'élection du Président de la République, *Journal officiel* du 6 avril 2006, p. 5199, texte n° 4.
[1357] Pour la décision de 2001 : « Vu les observations du Conseil constitutionnel relatives à l'élection présidentielle des 23 avril et 7 mai 1995 publiées au Journal officiel du 15 décembre 1995, et les observations du Conseil constitutionnel dans la perspective de l'élection présidentielle adoptées le 22 juin 2000 et publiées au Journal officiel du 23 juillet 2000 » et celle de 2006 : « Vu les observations du Conseil constitutionnel relatives aux échéances électorales de 2007 publiées au Journal officiel du 8 juillet 2005 ».
[1358] M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 202.
[1359] Voir en ce sens : S. Torcol, « La loi organique de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle conforme à la Constitution : questions autour du contrôle de la " conformité de la loi organique aux observations du Conseil constitutionnel " » *Constitutions*, 2016, p. 236.
[1360] Décision n° 2016-729 DC du 21 avril 2016, Loi organique de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle, *Journal officiel* n°0098 du 26 avril 2016 texte n° 4.
[1361] R. Rambaud, « Le paquet de modernisation électorale », *AJDA*, 2016, p. 1285.
[1362] Loi organique n° 2016-506 du 25 avril 2016 de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle publiée au *Journal officiel* n°0098 du 26 avril 2016 ; Loi n° 2016-508 du 25 avril 2016 de modernisation de diverses règles applicables aux élections publiée au *Journal officiel* n°0098 du 26 avril 2016.
[1363] Décret n° 2016-1819 du 22 décembre 2016 relatif à l'élection du Président de la République, publié au *Journal officiel* n°0298 du 23 décembre 2016. Voir sur ce point : R. Rambaud, « La nouvelle élection présidentielle en ordre de marche », *AJDA*, 2017, p. 527.
[1364] Décision n° 2012-155 PDR du 21 juin 2012.
[1365] Considérant 7 de la décision n° 2016-729 DC du 21 avril 2016.
[1366] Considérant 4 de la décision n° 2016-729 DC du 21 avril 2016 : il fait référence aux conditions de présentations des candidats.
[1367] S. Torcol, « La loi organique de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle conforme à la Constitution : questions autour du contrôle de la " conformité de la loi organique aux observations du Conseil constitutionnel " », art. cité, p. 236.
[1368] Décision n° 2012-155 PDR du 21 juin 2012.

campagne officielle, que le principe à respecter soit celui d'équité et non de l'égalité. Le juge de la constitutionnalité, qui contrôle la disposition de la loi organique consacrant cette suggestion, fait de nouveau référence à ses recommandations[1369]. D'ailleurs, le commentaire autorisé renvoie explicitement à ces observations[1370]. Il est précisé que les dispositions de la loi organique sont « fidèles aux recommandations du Conseil »[1371].

« Les " observations " du Conseil se sont faites plus précises, voire plus impératives au fil du temps, au point que cette situation finit par jeter une ombre sur le contrôle obligatoire de la loi organique »[1372]. Le contrôle de constitutionnalité obligatoire évolue. On a l'impression que ces nouvelles dispositions sont forcément conformes et ne méritaient pas un examen rigoureux au motif que c'est le Conseil qui les a inspirées. Ces dispositions bénéficient d'une présomption de constitutionnalité.

Dans d'autres circonstances, le juge de la constitutionnalité reprend l'interprétation du conseiller. Un exemple en ce sens concerne le remboursement des dépenses électorales. Dans ses observations formulées à l'issue des élections législatives de 2007, le conseiller a estimé notamment que « l'absence de remboursement forfaitaire des dépenses électorales » ne « revê[t] pas un caractère punitif »[1373]. Ainsi, l'article L. 52-11-1 du code électoral[1374] est visé[1375]. Quelques années plus tard, le juge de la constitutionnalité est saisi, sur le fondement de

[1369] Considérant 9 de la décision n° 2016-729 DC du 21 avril 2016 : « comme l'avait recommandé le Conseil constitutionnel dans ses observations ».
[1370] « Commentaire de la décision n°2016-729 DC du 21 avril 2016 », pp. 3 et 7, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2016729dc/2016729dc_ccc.pdf.
[1371] « Commentaire de la décision n°2016-729 DC du 21 avril 2016 », p. 4, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2016729dc/2016729dc_ccc.pdf.
[1372] S. Torcol, « La loi organique de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle conforme à la Constitution : questions autour du contrôle de la " conformité de la loi organique aux observations du Conseil constitutionnel " », art. cité, p. 236.
[1373] Décision n° 2008-24 ELEC du 29 mai 2008, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2007, *Journal officiel* du 4 juin 2008, p. 9205, texte n° 72.
[1374] L'article L. 52-11-1 du code électoral dans sa version résultant de l'ordonnance n° 2003-1165 du 8 décembre 2003 portant simplifications administratives en matière électorale (*Journal officiel* n°284 du 9 décembre 2003, p. 20961) applicable jusqu'au 20 avril 2011 (modifié par l'article 9 de la loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique, *Journal officiel* n°0092 du 19 avril 2011, p. 6831) : « Les dépenses électorales des candidats aux élections auxquelles l'article L. 52-4 est applicable font l'objet d'un remboursement forfaitaire de la part de l'Etat égal à 50 % de leur plafond de dépenses. Ce remboursement ne peut excéder le montant des dépenses réglées sur l'apport personnel des candidats et retracées dans leur compte de campagne.
Le remboursement forfaitaire n'est pas versé aux candidats qui ont obtenu moins de 5 % des suffrages exprimés au premier tour de scrutin ni à ceux qui ne se sont pas conformés aux prescriptions des articles L. 52-11 et L. 52-12 ou dont le compte de campagne a été rejeté ou qui n'ont pas déposé leur déclaration de situation patrimoniale, s'ils sont astreints à cette obligation ».
[1375] Comme l'indique la note de bas de page n°22 figurant dans les observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin de 2007.

l'article 61-1 de la Constitution, pour contrôler si l'article est conforme aux droits et libertés que la Constitution garantit. À cette occasion, le requérant soutient que l'article L. 52-11-1 du code électoral serait contraire à l'article 8 de la DDHC qui consacre les principes de nécessité, d'individualisation et de proportionnalité des peines. En effet, les dispositions du code électoral privent du remboursement forfaitaire les candidats « ayant obtenu moins de 5 % des suffrages exprimés au premier tour de scrutin » et ceux ne s'étant pas « conformés aux prescriptions »[1376] de financement des campagnes électorales[1377]. Dans sa décision QPC, le juge de la constitutionnalité reprend la même formule que le conseiller. Il juge que la disposition législative contestée « n'institue pas une sanction ayant le caractère d'une punition »[1378]. Certes, les observations ne sont pas visées explicitement mais la référence à ces dernières est indéniable. D'ailleurs, le commentaire assorti à cette décision y renvoie : « le Conseil constitutionnel l'avait relevé dans ses observations sur les élections législatives de 2007 »[1379].

En conséquence, les recommandations du conseiller présupposent une future décision du juge de la constitutionnalité. Le conseiller exerce une influence sur le juge de la constitutionnalité. Ici, la fonction consultative du Conseil constitutionnel parvient à s'imposer : il est « à la fois "conseiller" et "censeur" »[1380]. La compétence contentieuse absorbe ainsi la compétence consultative. Les suggestions acquièrent une portée contraignante grâce aux offices juridictionnels.

§2 : Des avis contraignants grâce aux offices contentieux

Pour organiser un scrutin, le pouvoir réglementaire édicte des actes administratifs en vue de l'organisation des élections sénatoriales, législatives, présidentielle ou encore d'un référendum[1381]. Néanmoins, le Conseil constitutionnel est consulté obligatoirement par le Gouvernement uniquement pour deux types de scrutin : les opérations référendaires et l'élection présidentielle (A). Bien que le Conseil ne rende pas d'avis conformes, le

[1376] Article L. 52-11-1 du code électoral.
[1377] Les règles de financement des campagnes électorales sont prévues par les articles L. 52 11 et L. 52-12 du code électoral.
[1378] Décision n° 2011-117 QPC du 8 avril 2011, M. Jean-Paul H. [Financement des campagnes électorales et inéligibilité], *Journal officiel* du 9 avril 2011, p. 6362, texte n° 90.
[1379] « Commentaire de la décision n°2011-117 QPC du 8 avril 2011 », p. 9, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2011117qpc/ccc_117qpc.pdf.
[1380] *Ibid*.
[1381] J. Arrighi de Casanova, « Le juge des actes préparatoires à l'élection », *NCCC*, n° 41, 2013, p. 468.

Gouvernement peut se sentir contraint par eux. En effet, la Haute instance peut être amenée à connaître de recours exercés à l'encontre d'actes préparatoires pour lesquels un avis a été rendu (B).

A. La consultation sur les projets de décret : un rempart contre les risques d'irrégularité

La consultation du Conseil constitutionnel, effectuée préalablement au référendum[1382] ou à l'élection présidentielle[1383], est capitale. Au total, pour l'élection présidentielle de 1995, entre février et avril, la Haute instance a été consultée à trente-trois reprises[1384].

Les avis sont obligatoires. Si le Gouvernement ne soumet pas des décrets, avant de les édicter, à la consultation du Conseil constitutionnel, ils sont entachés d'un vice de forme. Pour s'en prémunir, à l'occasion de l'élection présidentielle de 1988 par exemple, le Gouvernement a saisi la Haute instance à double titre. D'abord pour avis, « lorsqu'il avait la certitude qu'on se trouvait effectivement dans un cas de consultation obligatoire, c'est-à-dire lorsque l'organisation des opérations était en cause »[1385]. Ensuite, « une saisine pour information pour les autres mesures liées à l'élection du Président de la République. De la sorte, le Conseil s'est trouvé à même de prendre position sur toute question susceptible de mettre en jeu la régularité de l'élection »[1386].

Sans cette consultation, l'élaboration de l'acte administratif serait irrégulière. En conséquence, le décret pourrait être annulé par le juge qui vérifie la légalité de l'acte à la date d'édiction de celui-ci[1387]. Le Conseil constitutionnel rappelle, à cet effet, qu'il s'agit « d'une consultation exigée »[1388] comme si c'était un moyen de se prémunir contre les critiques plébiscitaires pour les référendums[1389]. Cette sollicitation permettant de contrôler la régularité interne du référendum ou de l'élection présidentielle peut être assimilée à un contrôle

[1382] Article 46 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.
[1383] Article 3, paragraphe III, de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publiée au *Journal officiel* n° du 7 novembre 1962, p. 10762.
[1384] O. Schrameck, « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 1995 », *AJDA*, 1996, p. 5.
[1385] B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 1988 », *RDP*, 1989, p. 24.
[1386] *Ibid*., p. 25.
[1387] C. Broyelle, *Contentieux administratif*, 6ème édition, LGDJ, 2018, pp. 57-58.
[1388] Décision n° 88-13 REF du 25 octobre 1988, Décision du 25 octobre 1988 sur une requête présentée par Messieurs Stéphane Diémert et Cédric Banel, *Journal officiel* du 26 octobre 1988, p. 13521, cons. 3 ; Décision n° 2001-96 PDR du 13 décembre 2001, décision du 13 décembre 2001 sur une requête de Monsieur Stéphane Hauchemaille, *Journal officiel* du 15 décembre 2001, p. 19947, cons. 2.
[1389] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit*., p. 489.

préventif[1390]. L'article 60 de la Constitution prévoit une consultation du Conseil constitutionnel pour les seuls référendums des articles 11 et 89 de la Constitution. En ce sens, les actes préparatoires aux référendums d'autodétermination organisés sur le fondement de l'article 53, alinéa 3, de la Constitution ou les référendums locaux[1391] ne doivent pas être soumis pour avis au Conseil.

Si le Conseil constitutionnel est consulté pour l'organisation des référendums et pour celle de l'élection présidentielle, c'est parce qu'il n'existe pas de législation permanente. À chaque nouveau scrutin, le pouvoir réglementaire édicte des décrets pour soumettre un texte à référendum, pour l'organisation de la campagne ou encore pour le vote des Français établis hors de France. Néanmoins, pour l'élection présidentielle, la règlementation n'est pas systématiquement modifiée. Par exemple, en 2016, un décret a été édicté[1392] mais le dernier datait de 2001[1393].

S'agissant du référendum, ce vide législatif a été pointé du doigt par le Conseil constitutionnel dans ses observations de 2000 qui estimait que la « pérennisation des règles de portée générale (…) présenterait un grand intérêt »[1394]. D'autant que les consultations du Conseil portent sur des projets de décret identiques d'un référendum à l'autre. Par exemple, il a été sollicité pour le projet de décret concernant les conditions dans lesquelles les partis politiques pourront effectuer leur propagande à l'occasion du référendum de 1960[1395] ou encore celui relatif à la campagne en vue du référendum de 1988[1396]. À défaut de porter la même dénomination, ce sont deux décrets dont le contenu est identique. Ses avis portent donc systématiquement sur les mêmes dispositions, autrement désignées certes, mais qui sont de nature semblable. Par conséquent, les consultations peuvent être chronophages.

[1390] F. Hamon, *Le Référendum - Étude comparative*, 2ème édition, LGDJ, 2012, p. 50.
[1391] C. Maugüé, « L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité », *CCC*, n°7, 1999, p. 87.
[1392] Décret n° 2016-1819 du 22 décembre 2016 relatif à l'élection du Président de la République, publié au *Journal officiel* n°0298 du 23 décembre 2016.
[1393] Décret n° 2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publié au *Journal officiel* n°58 du 9 mars 2001, p. 3772.
[1394] Décision n° 2000-30 REF du 28 septembre 2000, Observations du Conseil constitutionnel sur le référendum, *Journal officiel* du 30 septembre 2000, p. 15476.
[1395] Compte rendu des délibérations de la séance du 8 décembre 1960 relatif au référendum du 8 janvier 1961, p. 10, disponible à l'adresse :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1960-12-08.pdf.
[1396] Compte rendu des délibérations de la séance du 3 octobre 1988, p. 26, disponible à l'adresse :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1988-09-23_pv1988-10-03.pdf.

Ses recommandations sont également demandées pour des projets d'arrêté. Par exemple, la Haute instance a été consultée au sujet d'un arrêté portant adaptation aux départements d'outre-mer et territoire d'outre-mer des dispositions du décret fixant les conditions dans lesquelles les partis politiques pourront effectuer leur propagande à l'occasion du référendum de 1960[1397]. Son avis est également requis pour les projets de circulaire : celui du garde des sceaux pour la tenue du référendum de 1988[1398] en est l'illustration.

Pour ce qui concerne les opérations électorales présidentielles, la Haute instance a affirmé qu'elle devait être avisée « sans délai de toute mesure prise »[1399]. Elle ajoute que son intervention porte sur n'importe quelle mesure de portée générale concernant l'élection. En dehors des « mesures ponctuelles et de dispositions pratiques d'ordre interne prises au sein des services de l'État » qui ne nécessitent qu'une simple information, sa consultation est donc requise. D'ailleurs, son avis est réclamé pour des projets de décret[1400], de circulaire[1401] comme pour le référendum, mais également pour des projets de notice[1402], voire pour les décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel[1403].

Pourtant, seuls les projets de décret sont expressément visés par le législateur organique. Le Conseil constitutionnel étend par conséquent sa consultation au-delà du texte qui la prévoit. D'ailleurs, dans ses observations pour l'élection présidentielle de 1988, il regrette que le

[1397] Compte rendu des délibérations de la séance du 8 décembre 1960, p. 13-14, disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1960-12-08.pdf.
[1398] Consulté le 11 octobre 1988 sur le projet de circulaire adressée par le Garde des sceaux à Mesdames et Messieurs les Premiers Présidents et à Messieurs les Présidents des tribunaux supérieurs d'appel en vue du référendum du 6 novembre 1988.
[1399] Décision n° 88-61 PDR du 21 juillet 1988, Observations du Conseil constitutionnel relatives à l'élection présidentielle des 24 avril et 8 mai 1988 et décision n° 95-93 PDR du 8 décembre 1995, Observations du Conseil constitutionnel relatives à l'élection présidentielle des 23 avril et 7 mai 1995, *Journal officiel* du 15 décembre 1995, p. 18248.
[1400] Par exemple, le projet de décret portant convocation des électeurs pour l'élection à la présidence de la République le 5 décembre 1965, voir le compte rendu des délibérations de la séance du 14 octobre 1965, p. 2, disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1965-10-14.pdf.
[1401] À titre d'illustration, le projet de circulaire du Ministre de l'intérieur aux préfets relatif à la remise des formulaires de présentation de candidats à l'élection présidentielle de 1981, voir le compte rendu des délibérations de la séance du 29 octobre 1980, p. 3, disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1980-10-29.pdf.
[1402] Comme c'est le cas pour le projet de notice destiné à accompagner les formulaires de présentation des candidats à l'élection présidentielle de 1981, voir le compte rendu des délibérations de la séance du 6 mai 1980, p. 8 disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1980-05-06.pdf.
[1403] Et plus précisément, celles « fixant les grilles d'émission de la campagne officielle pour chaque tour », voir en ce sens : J.-E. Schoettl, « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 2002. 1è partie : des observations du Conseil à l'établissement de la liste des candidats », *LPA*, n°117, 2002, p. 7.

Gouvernement ne l'ait pas saisi pour avis de certaines circulaires du ministre de la défense[1404]. Parfois, il est aussi sollicité par le Premier ministre sous forme de questions[1405]. Sa consultation est donc bien plus étendue que ce que les textes ne prévoient.

Toutefois, les préconisations du Conseil constitutionnel ne sont parfois pas suivies. Lors de la séance du 8 décembre 1960 à propos du projet de décret relatif au contrôle des opérations de référendum en Algérie, le Conseil proposait une nouvelle rédaction des articles 2, 3 et 4[1406] qui n'a finalement pas été retenue[1407]. En réalité, ces propositions de modifications n'étaient pas substantielles, il s'agissait surtout d'une reformulation au nom d'une plus grande clarté.

En effet, lorsqu'il s'agit de considérations juridiques susceptibles de mettre en péril la régularité du scrutin, les avis sont, la plupart du temps, respectés. À titre d'illustration, le Conseil constitutionnel a émis une réserve sur l'article 20 du projet de décret portant organisation du référendum de 1988. Dans son ensemble, ce projet constituait une paraphrase de l'article 50 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel[1408]. Néanmoins, le futur décret ouvrait droit à réclamation à tout électeur et également au représentant de l'État alors même que l'ordonnance ne reconnaissait pas ce droit à ce dernier. Le décret était donc en contradiction avec l'ordonnance.

Ainsi, en admettant qu'est « délicat (…) le problème posé par la reconnaissance d'un droit de réclamation au profit du représentant de l'État »[1409], la Haute instance, dans son avis, formule une réserve en suggérant au Gouvernement de disjoindre cette ouverture de la réclamation[1410].

[1404] Décision n° 88-61 PDR du 21 juillet 1988, Observations du Conseil constitutionnel relatives à l'élection présidentielle des 24 avril et 8 mai 1988.

[1405] « La question se pose tout d'abord de savoir à qui les formulaires seront remis par les autorités qui les détiennent » ; « En second lieu, il convient de décider de la date à compter de laquelle aura lieu cette remise » *in* Lettre du Premier ministre adressée au Conseil constitutionnel, voir le compte rendu des délibérations de la séance du 6 mai 1980, p. 8, disponible sur l'adresse :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1980-05-06.pdf.

[1406] Voir le compte rendu des délibérations de la séance du 8 décembre 1960, p. 11, disponible à l'adresse :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1960-12-08.pdf.

[1407] Décret n°60-1327 du 13 décembre 1960 relatif au contrôle dans les départements algériens des opérations du référendum prévu par le décret du 8 décembre 1960 publié au *Journal officiel* du 14 décembre 1960, p. 11172.

[1408] Article 50 : « Le Conseil examine et tranche définitivement toutes les réclamations.
Dans le cas où le Conseil constitutionnel constate l'existence d'irrégularités dans le déroulement des opérations, il lui appartient d'apprécier si, eu égard à la nature et à la gravité de ces irrégularités, il y a lieu soit de maintenir lesdites opérations, soit de prononcer leur annulation totale ou partielle ».

[1409] Propos de M. Fabre, le rapporteur, voir le compte rendu des délibérations de la séance du 23 septembre 1988, p. 63, disponible à l'adresse :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1988-09-23_pv1988-10-03.pdf.

[1410] Cette disposition était présente également initialement à l'article 8 du projet de décret fixant les conditions d'application de la loi organique n°76-97 du 31 janvier 1976 au vote des français établis hors de France pour le référendum.

Finalement, le décret définitif[1411] a respecté les préconisations du Conseil en ouvrant le droit de contester la régularité d'une élection, en le réservant aux électeurs. Le représentant de l'État n'a donc pas eu le droit de réclamation. Le Conseil constitutionnel a estimé implicitement que le décret contrariait l'article 63 de la Constitution[1412] car la réclamation du représentant de l'État n'était pas consacrée par la loi organique portant application dudit article de la Constitution[1413]. En l'espèce, le conseiller a été entendu.

La consultation préventive du Conseil constitutionnel prévient les risques d'annulation future des décrets. Le Gouvernement respecte les instructions du Conseil constitutionnel car ce dernier est également juge des réclamations.

B. L'exercice d'une compétence contentieuse ou le moyen d'exiger le respect de ses avis

La compétence contentieuse qu'exerce le Conseil constitutionnel, avant et après la tenue des scrutins, lui permet d'imposer ses avis (2), bien que ce ne soit pas systématique (1).

1. Un juge électoral parfois inflexible

Le conseiller peut parfois être insistant à l'égard du pouvoir réglementaire ou du législateur afin qu'il y ait une modification du droit électoral. Pour autant, le juge électoral refuse, dans certains cas, de montrer qu'il est influencé par le conseiller.

Alors que les suggestions du Conseil sont liées au respect du texte constitutionnel et que le Gouvernement n'en prend pas acte, le juge électoral ne sanctionne pas systématiquement. Par exemple, la Haute instance estimait, en 1965, que seul le Premier ministre était compétent pour prendre le décret portant convocation des électeurs en vue de l'élection à la présidence de la

[1411] Décret 88-944 du 05 octobre 1988 portant organisation du référendum publié au *Journal officiel* du 06 octobre 1988, p. 12583.
[1412] « Une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui, et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations ».
[1413] « ces dispositions reconnaissent un droit de réclamation au profit du représentant de l'État et en fixent le délai d'exercice sans que ce droit trouve son siège, comme l'implique l'article 63 de la Constitution, dans des dispositions ayant valeur de loi organique » conformément à l'avis du Conseil constitutionnel délibéré dans sa séance du 3 octobre 1988, p. 159, disponible à l'adresse :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1988-09-23_pv1988-10-03.pdf.

République, conformément à l'article 7 alinéa 2 de la Constitution[1414]. Ses vœux n'ont pas été respectés puisque ledit décret a été pris par le Président de la République contresigné par le Premier ministre[1415]. Le Conseil constitutionnel saisi comme juge électoral aurait donc pu annuler le décret pour vice de forme. Mais, à cette date, le juge électoral n'acceptait pas encore de connaître des actes préparatoires à l'élection présidentielle : il a fallu attendre 2001[1416] alors même qu'en 1966[1417] le Conseil d'État reconnaissait déjà son incompétence pour ce type d'actes. Toutefois, il faut souligner qu'aujourd'hui encore le Président de la République édicte le décret portant convocation des électeurs[1418] et que le juge électoral ne l'a jamais annulé : une pratique s'est instituée.

Une autre illustration concerne le découpage des circonscriptions électorales. Au début du XXI[ème] siècle, le dernier datait de 1986[1419]. Le Conseil constitutionnel, dans ses observations, avait alors adressé au législateur une sommation en 2003[1420] pour qu'il procède à la modification de celui-ci. Un nouvel appel est lancé en 2005[1421] à défaut d'une intervention du législateur. En 2007[1422], une requête contestant le décret portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale est déposée au Conseil constitutionnel. Il s'agit à ce stade d'un acte préparatoire relatif à l'élection législative : la conséquence d'une telle annulation est donc moins néfaste que si les élections s'étaient déjà déroulées. L'occasion se présentait donc pour le juge électoral de suivre les recommandations du conseiller en annulant le décret contesté, et ce alors que le juge de la constitutionnalité avait encore rappelé au législateur l'urgence de la situation[1423]. Saisi pour contrôler la constitutionnalité de la loi procédant au découpage, le juge de la constitutionnalité avait considéré que « l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques ; que, si le législateur peut tenir compte d'impératifs

[1414] Voir le compte rendu des délibérations de la séance du 14 octobre 1965, p. 5, disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1965-10-14.pdf.
[1415] Décret n°65-908 du 28 octobre 1965 portant convocation des électeurs pour l'élection du Président de la République, publié au *Journal officiel* le 15 novembre 1965, p. 472.
[1416] Décision n° 2001-95 PDR du 14 mars 2001, Décision du 14 mars 2001 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane Hauchemaille (Deuxième espèce), *Journal officiel* du 17 mars 2001, p. 4260.
[1417] CE, Ass., 6 mai 1966, *Chaix*, Lebon p. 305.
[1418] Décret n° 2017-223 du 24 février 2017 portant convocation des électeurs pour l'élection du Président de la République publiée au *Journal officiel* n°0047 du 24 février 2017.
[1419] Loi n° 86-1197 du 24 novembre 1986 relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés publiée au *Journal officiel* du 25 novembre 1986, p. 14171.
[1420] Décision n° 2003-20 ELEC du 15 mai 2003.
[1421] Décision n° 2005-22 ELEC du 7 juillet 2005.
[1422] Décision n° 2007-23 ELEC du 3 mai 2007, Décision du 3 mai 2007 portant sur une requête présentée par Monsieur Pascal Jan, *Journal officiel* du 4 mai 2007, p. 7907, texte n° 86.
[1423] Décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, *Journal officiel* du 22 février 2007, p. 3252, texte n° 3.

d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée »[1424]. En l'espèce, le juge électoral aurait donc pu annuler en bloc les futures élections au regard des disparités démographiques.

Finalement, il s'y refuse en précisant que la « carence du législateur est (…) sans incidence sur la légalité du décret »[1425]. En d'autres termes, le décret était pourvu de base légale. Il « se borne à examiner la légalité de l'acte sans se soucier de la constitutionnalité de la loi lui servant de fondement »[1426]. Le juge électoral n'est donc pas compétent face à l'inaction du législateur[1427] : il a refusé de saisir cette occasion alors qu'ultérieurement, il réitère sa recommandation en 2008[1428]. Les avis du Conseil constitutionnel ne s'imposent donc pas systématiquement au juge électoral, bien que celui-ci s'y conforme souvent.

2. Un juge électoral incité par le conseiller

La régularité des actes préparatoires aux élections est fondamentale puisqu'il en va de la sincérité du scrutin lui-même. Il s'agit de « tous les actes administratifs qui constituent le préalable à l'élection elle-même et qui ont un lien nécessaire et direct avec elle »[1429]. Depuis que le Conseil constitutionnel s'est estimé compétent pour les contrôler, les avis qu'il émet sur les projets de décret ont une portée plus grande. Le juge électoral peut en effet annuler un décret qui ne respecterait pas les préconisations du conseiller. Seuls le référendum et l'élection présidentielle seront abordés ici puisque le Conseil constitutionnel exerce une fonction consultative uniquement à ces deux occasions.

L'article 50 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel dispose que « le Conseil examine et tranche définitivement toutes les réclamations. ». L'ambiguïté de cet article est telle que la juridiction administrative et le Conseil

[1424] Considérant 21 de la décision n° 86-208 DC du 2 juillet 1986, Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales, *Journal officiel* du 3 juillet 1986.
[1425] Considérant 4 de la décision n° 2007-23 ELEC du 3 mai 2007.
[1426] R. Ghevontian, « Actualité du droit électoral, Observations sous Conseil constitutionnel 14 mars 2001, Hauchemaille, CE, Sect. 14 septembre 2001, *Marini* et 20 septembre 2001, *Hauchemaille et Marini* », *RFDC*, n° 48, 2001, p. 777.
[1427] C. Benelbaz, « Le redécoupage électoral sous la V[e] République », *RDP*, n° 6, 2010, p. 1661.
[1428] Décision n° 2008-24 ELEC du 29 mai 2008.
[1429] R. Ghevontian, « Un labyrinthe juridique : le contentieux des actes préparatoires en matière d'élections politiques », *RFDA*, 1994, p. 793.

constitutionnel ont adopté des positions différentes. Autrefois, de 1960[1430] à 2000[1431], la Haute instance s'estimait incompétente pour statuer sur des contestations formulées à l'encontre des actes pris par le Gouvernement avant la tenue du scrutin. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel n'avait pas à juger des contestations relatives aux actes préparatoires au référendum.

Néanmoins il faut distinguer deux périodes. Dans un premier temps, à partir de 1960[1432], le Conseil constitutionnel estimait que ces requêtes étaient irrecevables[1433]. L'irrecevabilité est un « vice affectant la prétention formée », de telle sorte que la contestation est écartée « sans examen au fond »[1434]. Toutefois, dans un second temps, à partir de 1988[1435], les requêtes sont rejetées[1436]. *A contrario*, le « rejet » est une « solution consistant, pour un juge, à écarter un argument, un moyen, une demande d'un plaideur » ou encore de ne pas « donner de solution favorable à la demande d'une partie »[1437].

Force est de constater une nuance entre les deux types de solutions retenues par le juge électoral. Aujourd'hui, le Conseil constitutionnel accepte l'examen mais s'obstine à statuer systématiquement en défaveur du requérant. Certes, les conséquences pour les auteurs des requêtes sont identiques, à savoir une absence d'annulation de l'acte contesté, mais juridiquement un progrès est notable : un contrôle est opéré. Quoi qu'il en soit, dans toutes ces décisions, le même considérant de principe est formulé : « Considérant que, si, à la vérité, en vertu de l'article 50, alinéa 1er, de l'ordonnance susvisée "le Conseil constitutionnel examine et tranche définitivement toutes les réclamations", ce dernier terme doit être entendu dans le sens que lui donne la législation applicable en matière électorale et vise exclusivement les

[1430] Décision n° 60-2 REF du 17 décembre 1960, Décision relative à une demande du Président du "Regroupement National", Recueil p. 67.
[1431] Décision n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000, Décision du 25 juillet 2000 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane Hauchemaille, *Journal officiel* du 29 juillet 2000, p. 11768.
[1432] Décision n° 60-2 REF du 17 décembre 1960.
[1433] Considérant n°2 de la décision n° 60-2 REF du 23 décembre 1960; Considérant n°2 de la décision n° 60-3 REF du 23 décembre 1960, Décision relative à une demande du Président du "Centre Républicain", Recueil, p. 68 ; considérant n°2 de la décision n° 62-6 REF du 3 avril 1962, Décision du 3 avril 1962 relative à une demande du Secrétaire du Parti communiste réunionnais, Recueil, p. 63.
[1434] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 576.
[1435] Décision n° 88-13 REF du 25 octobre 1988, Décision du 25 octobre 1988 sur une requête présentée par Messieurs Stéphane Diémert et Cédric Banel, *Journal officiel* du 26 octobre 1988, p. 13521, Recueil, p. 191.
[1436] Considérant n°2 de la décision n° 88-13 REF du 25 octobre 1988; Considérant n°2 de la décision n° 92-16 REF du 15 septembre 1992, Requête présentée par Monsieur Charles Lederman, *Journal officiel* du 16 septembre 1992, p. 12775, Recueil, p. 85 ; Considérant n°2 de la décision n° 92-17 REF du 15 septembre 1992, Requête présentée par Monsieur Michel Caldaguès, *Journal officiel* du 16 septembre 1992, p. 12775 ; Décision n° 92-18 REF du 18 septembre 1992, Décision du 18 septembre 1992 sur une requête présentée par Monsieur Jean-Marie Le Pen, *Journal officiel* du 19 septembre 1992, p. 12981.
[1437] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 888.

contestations susceptibles d'être formulées à l'issue du scrutin contre les opérations effectuées »[1438]. Le Conseil constitutionnel invite donc les contestataires à saisir le Conseil d'État qui, à cette époque, acceptait déjà de statuer sur de tels actes[1439]. « Initialement, le Conseil constitutionnel considérait que la compétence consultative était, avant la tenue du référendum, exclusive de ses fonctions contentieuses »[1440]. Mais cette position était critiquée par la doctrine[1441] qui constatait un « vide »[1442] juridique.

Dès 1988[1443], la consultation du Conseil constitutionnel préalablement au référendum était « exigée »[1444]. C'est en tout cas ce qu'il consacre dans un considérant. Mais l'obligation existait déjà auparavant puisque l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel la consacrait[1445]. La Haute instance n'a donc effectué qu'un rappel. Toutefois, à cette date, ce terme n'a pas d'influence, le juge électoral n'accepte pas encore les recours formés contre les actes préliminaires aux élections. Néanmoins, l'expression n'est pas anodine et suggère une future inflexion jurisprudentielle.

En 2000, un tournant est opéré avec la décision n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000[1446]. D'ailleurs, les noms des juges ayant participé au délibéré sont également indiqués, alors qu'avant, seules les décisions en matière référendaire proclamant les résultats[1447] contenaient cette indication. À l'occasion de ce revirement, le requérant conteste trois décrets. Le premier qui soumet un projet de révision constitutionnelle, le second qui organise le référendum et le troisième qui coordonne la campagne pour le référendum. En rappelant les pouvoirs qu'il détient en vertu de l'article 60 de la Constitution[1448] et de l'article 50 de l'ordonnance

[1438] Par exemple et pour la première fois, à l'occasion de la décision n° 60-2 REF du 23 décembre 1960, cons. 2. Pour d'autres exemples : décision n° 60-3 REF du 23 décembre 1960, cons. 2 ; décision n° 88-13 REF du 25 octobre 1988, cons. 2 ; décision n° 92-16 REF du 15 septembre 1992, cons. 2. Enfin, pour la dernière fois, à l'occasion de la décision n° 92-18 REF du 18 septembre 1992, cons. 2.
[1439] CE, Ass., 27 octobre 1961, *Regroupement national*, Lebon p. 594 ; CE, 19 octobre 1962, *Brocas*, Lebon p. 553 ; CE, 28 octobre 1988, *CNIP*, Lebon p. 385 ; CE, 10 septembre 1992, *Meyet*, Lebon p. 327.
[1440] J.-P. Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, 7ème édition, Dalloz, 2017, p. 263.
[1441] Notamment L. Hamon, « Note sous décision Regroupement national », *D.*, 1962, p. 467.
[1442] J.-P. Camby, « Le référendum et le droit (À propos du référendum du 24 septembre 2000) », *RDP*, n°1, 2001, p. 8.
[1443] Décision n° 88-13 REF du 25 octobre 1988.
[1444] Considérant 3 de la décision n° 88-13 REF du 25 octobre 1988.
[1445] Article 46 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 : « Le Conseil constitutionnel est consulté par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum. Il est avisé sans délai de toute mesure prise à ce sujet ».
[1446] Décision n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000.
[1447] C'est à partir de la décision n° 88-14 REF du 9 novembre 1988, Proclamation des résultats du référendum du 6 novembre 1988, *Journal officiel* du 10 novembre 1988, p. 14123 que figurent les noms des juges.
[1448] « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats ».

du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel[1449], le Conseil constitutionnel innove. En effet, il admet être compétent sous certaines conditions. Il accepte de connaître des contestations relatives aux opérations référendaires mais seulement si l'irrecevabilité de ces requêtes « risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics »[1450]. Ce considérant figure désormais dans les décisions REF rendues à l'occasion d'une contestation d'un acte préalable au référendum[1451]. Le Conseil d'État a alors reconnu concomitamment qu'il n'était plus systématiquement compétent en la matière : « l'existence, devant le Conseil constitutionnel, avant la proclamation des résultats du scrutin, de cette voie de recours exceptionnelle contre des décrets ayant cet objet, fait obstacle à ce que la légalité de ces décrets soit contestée, par la voie du recours pour excès de pouvoir, devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux », conformément à un arrêt le 1er septembre 2000[1452].

En opérant un tel changement de jurisprudence, le Conseil constitutionnel a facilité sa mission. En effet, il est plus aisé pour le juge électoral d'annuler un référendum *a priori*, c'est-à-dire avant que les électeurs aient été consultés[1453]. Il ne s'oppose donc pas à la volonté populaire puisque celle-ci ne s'est pas encore exprimée. L'annulation d'un décret empêcherait, provisoirement, la tenue du référendum[1454]. Le cas échéant, il suffit au pouvoir réglementaire d'édicter un nouvel acte, régulier, pour que la consultation ait lieu. Tout au plus, le référendum ne serait que retardé.

Il a donc opté pour une position qui était, depuis plusieurs décennies, déjà admise dans les contentieux électoraux des élections législatives et sénatoriales[1455] conformément à l'article 59 de la Constitution[1456]. La jurisprudence du juge électoral statuant sur les actes

[1449] « Le Conseil examine et tranche définitivement toutes les réclamations.
Dans le cas où le Conseil constitutionnel constate l'existence d'irrégularités dans le déroulement des opérations, il lui appartient d'apprécier si, eu égard à la nature et à la gravité de ces irrégularités, il y a lieu soit de maintenir lesdites opérations, soit de prononcer leur annulation totale ou partielle ».
[1450] Considérant 5 de la décision n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000.
[1451] Par exemple dans la décision n° 2005-37 REF du 25 mai 2005.
[1452] CE, Ass., 1er septembre 2000, *Mégret, Meyet et autres*, Requêtes n° 223890-223949-224054-224066.
[1453] F. Hamon, *Le référendum - Étude comparative*, *op. cit.*, p. 54.
[1454] J.-P. Camby, « Le contentieux de l'organisation du référendum du 29 mai 2005 », *RDP*, n° 3, 2005, p. 587.
[1455] Décision n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981, Décision du 11 juin 1981 sur une requête de Monsieur François Delmas, *Journal officiel* du 12 juin 1981, p. 1725.
[1456] « Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs ».

préparatoires au référendum s'étoffe progressivement : il contrôle leur constitutionnalité[1457] et leur légalité[1458].

Un an après, la Haute instance harmonisera l'ensemble du contentieux électoral puisqu'elle acceptera également de contrôler les actes préliminaires à l'élection présidentielle[1459]. À ce titre, son considérant de principe est repris[1460]. Ainsi, le juge électoral accepte, éventuellement[1461], d'être juge des actes précédant les élections présidentielles. Mais dès lors que les résultats sont publiés et qu'un candidat est proclamé élu, toute requête est rejetée[1462]. Cette position du Conseil constitutionnel en matière d'élection présidentielle est identique à celle retenue par le Conseil d'État pour les référendums. La Haute juridiction administrative refuse, en effet, de contrôler la légalité d'un décret précédant le référendum dès lors que la loi référendaire est votée et publiée. Ici la loi faisant écran à l'acte[1463], la Haute juridiction administrative émet un non-lieu.

Toutefois le Conseil constitutionnel n'adopte pas exactement la même position que le Conseil d'État pour les actes précédant le référendum et l'élection présidentielle. La Haute instance, d'une part, s'autorise à contrôler des actes que la juridiction administrative a toujours refusé de connaître. D'autre part, elle n'est compétente que si certaines conditions sont réunies.

[1457] Décision n° 2000-23 REF du 23 août 2000; Décision n° 2000-25 REF du 6 septembre 2000, Décision du 6 septembre 2000 sur une requête présentée par Monsieur Charles Pasqua, *Journal officiel* du 9 septembre 2000, p. 14165 ; Décision n° 2005-31 REF du 24 mars 2005 ; Décision n° 2005-34 REF du 7 avril 2005, Décision du 7 avril 2005 sur des requêtes présentées par "Génération Écologie" et autres, *Journal officiel* du 9 avril 2005, p. 6458, texte n° 102 ; Décision n° 2005-37 REF du 25 mai 2005, Décision du 25 mai 2005 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane Hauchemaille et par Monsieur Renaud Le Mailloux, *Journal officiel* du 28 mai 2005, p. 9447, texte n° 291.

[1458] Décision n° 2000-26 REF du 6 septembre 2000; Décision n° 2000-28 REF du 11 septembre 2000, Décision du 11 septembre 2000 sur une requête présentée par Monsieur Alain Meyet, *Journal officiel* du 14 septembre 2000, p. 14432 ; Décision n° 2005-33 REF du 7 avril 2005, Décision du 7 avril 2005 sur une requête présentée par Messieurs Philippe de Villiers et Guillaume Peltier, *Journal officiel* du 9 avril 2005, p. 6457, texte n° 101.

[1459] Décision n° 2001-95 PDR du 14 mars 2001, Décision du 14 mars 2001 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane Hauchemaille (Deuxième espèce), *Journal officiel* du 17 mars 2001, p. 4260.

[1460] Considérant 3 de la décision n° 2001-95 PDR du 14 mars 2001 :

« Considérant, cependant, qu'en vertu de la mission générale de contrôle de la régularité des opérations électorales qui lui est conférée par les dispositions susmentionnées de la loi du 6 novembre 1962, il appartient au Conseil constitutionnel de statuer sur les requêtes dirigées contre des actes conditionnant la régularité d'un scrutin à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations électorales, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics ».

[1461] Seulement si les conditions sont réunies.

[1462] Décision n° 2012-151 PDR du 11 mai 2012, Décision du 11 mai 2012 sur une requête présentée par M. Alain Meyet, *Journal officiel* du 12 mai 2012, p. 9032, texte n° 17.

[1463] CE, Ass., 27 octobre 1961, *Le Regroupement national*, Lebon p. 594 et CE, 10 mai 1989, *Front calédonien*, Lebon p. 123.

Dans le cas contraire, le juge administratif retrouve ses attributions de juge de l'excès de pouvoir.

Tout d'abord, le Conseil constitutionnel s'autorise à contrôler certains décrets que le Conseil d'État estimait être des actes de gouvernement. Le Conseil constitutionnel accepte, en effet, de se prononcer sur la légalité du décret présidentiel décidant de soumettre un projet de loi au référendum, que la consultation du peuple ait lieu sur le fondement de l'article 11[1464] ou de l'article 89[1465] de la Constitution. *A contrario*, la juridiction administrative suprême s'est toujours refusée de connaître de tels actes[1466]. Si le Conseil estime qu'un décret n'est pas légal, le Gouvernement et le Président[1467] ont donc tout intérêt à suivre ses recommandations eu égard à la compétence contentieuse que la Haute instance détient.

Ensuite, si les conditions[1468] ne sont pas respectées, le Conseil constitutionnel refuse de statuer. Il admet en effet que sa compétence préalable pour juger de la légalité des actes est exceptionnelle[1469] et par conséquent limitée. Étant donné qu'il refuse de statuer, implicitement[1470] ou explicitement[1471], il invite les requérants à saisir le juge administratif, principal juge de la légalité des actes administratifs. Le Conseil d'État reste alors compétent pour les « actes préparatoires autres que les décrets »[1472] et les « décrets de caractère

[1464] Décision n° 2005-31 REF du 24 mars 2005, Décision du 24 mars 2005 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane Hauchemaille et par Monsieur Alain Meyet, *Journal officiel* du 31 mars 2005, p. 5834, texte n° 85.
[1465] Décision n° 2000-24 REF du 23 août 2000.
[1466] CE, 29 avril 1970, *Comité des chômeurs de la Marne*, Lebon p. 279, n° 77651-77682.
[1467] Seul le « Gouvernement » apparaît dans l'article 46 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, auquel renvoie l'article 3, paragraphe III, de la loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel. Néanmoins, le décret portant convocation des électeurs pour l'élection de la présidence de la République est signé du Président et le projet de loi soumis à référendum de l'article 11 de la Constitution, malgré la proposition du Gouvernement est notamment une initiative présidentielle.
[1468] Les requêtes doivent mettre « en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics ».
[1469] Décision n° 2000-26 REF du 6 septembre 2000.
[1470] C'est le cas dans les décisions n° 2000-26 REF du 6 septembre 2000 et n° 2000-24 REF du 23 août 2000.
[1471] Décision n° 2005-36 REF du 3 mai 2005, Décision du 3 mai 2005 sur une requête présentée par le Rassemblement pour la France, *Journal officiel* du 5 mai 2005, p. 7872, texte n° 121.
[1472] « Commentaire de la décision du 24 mars 2005 rendue sur les recours de M. Hauchemaille contre les décrets relatifs au référendum du 29 mai 2005 », *CCC*, n° 18, disponible à l'adresse, p. 2 : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier18/ccc_240305_hauchemaille_meyet.pdf.

permanent »[1473]. Il dispose d'une compétence générale en la matière et il reste le juge naturel du contrôle de la légalité des actes administratifs[1474].

Le contrôle des actes préparatoires au scrutin permet au Conseil constitutionnel de faire respecter ses avis. La fonction contentieuse octroie à la fonction consultative une portée juridique contraignante. Le respect des recommandations n'est pas « spontané »[1475], puisque le juge électoral peut censurer les décrets. « La compétence consultative subit l'attraction de la compétence juridictionnelle au point de s'y adosser »[1476].

Le Conseil constitutionnel intervient donc à de nombreuses étapes dans le cadre du référendum : il est conseiller du Gouvernement afin que celui-ci prenne des textes en vue de l'organisation du référendum ; il contrôle, en tant que juge, les actes préliminaires en cas de contestation ; il est compétent pour juger des réclamations à l'issue du référendum. La compétence contentieuse est donc influencée par la compétence consultative. Il exerce, en matière référendaire, « une mission de maître d'ouvrage (…) globale »[1477].

Certes, le Conseil d'État détient lui aussi cette double fonction, consultative et contentieuse, mais une différence de nature est évidente : le conseiller n'est pas juge, les membres siégeant dans les sections consultatives[1478] ne sont pas les mêmes que ceux de la section contentieuse[1479].

Le conseiller parvient ainsi à imposer ses recommandations grâce à sa compétence contentieuse. L'absence d'étanchéité de l'office consultatif et de l'office contentieux est flagrante.

[1473] *Ibid*.
[1474] R.Ghevontian, « Actualité du droit électoral, Observations sous Conseil constitutionnel 14 mars 2001, Hauchemaille, CE, Sect. 14 septembre 2001, Marini et 20 septembre 2001, Hauchemaille et Marini », *RFDC*, n° 48, 2001, p.777.
[1475] Contrairement à ce qu'évoque R. Arsac : « en matière d'avis, le respect spontané est d'autant plus significatif – et effectif – qu'il n'est aucunement appuyé par quelque obligation ou sanction que ce soit. », « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », art. cité, p. 785.
[1476] J.-E. Gicquel et J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 859.
[1477] J.-P. Camby, « Le référendum et le droit (À propos du référendum du 24 septembre 2000) », art. cité, p. 8.
[1478] Les sections consultatives sont subdivisées en cinq sections : section de l'Intérieur, section des travaux publics, section de l'administration, section des finances et section sociale.
[1479] Composée de dix chambres.

Section 2 : La porosité de l'office consultatif

L'office consultatif est poreux à deux égards. D'une part, au sein des observations se dissimulent des décisions juridictionnelles. Le conseiller précise quelle est la position du juge s'il a déjà été saisi ou quelle serait sa position, à défaut d'une saisine (§1). D'autre part, au sein des décisions du juge, le conseiller est visible car le juge donne une sorte d'avis sur une loi ou sur la nécessité de légiférer (§2).

§1 : La mention de la fonction juridictionnelle dans la formulation des observations

En général, les observations du Conseil constitutionnel sont relativement suivies[1480], ce qui est pour lui « un grand motif de satisfaction »[1481]. L'exemple le plus net est celui concernant les observations émises après l'élection présidentielle de 1974[1482]. À cette occasion, le Conseil constitutionnel exige un encadrement plus rigoureux des conditions de présentation des candidats à l'élection présidentielle.

Il préconisait d'abord d'augmenter le nombre de présentations des candidats à l'élection présidentielle assorti de contraintes géographiques[1483]. Le législateur organique a suivi cette recommandation puisqu'en 1976 une modification a été introduite. Les termes « cent citoyens membres du Parlement, membres du Conseil économique et social, conseillers généraux ou maires élus »[1484] ont été remplacés par « cinq cent citoyens membres du Parlement, des conseils généraux, du conseil de Paris, des assemblées territoriales des territoires d'outre-mer ou maires »[1485]. Une précision supplémentaire était insérée : les parrains devaient provenir de plus de trente départements et territoires d'outre-mer différents sans plus qu'un dixième d'entre eux

[1480] Le Conseil constitutionnel l'avance lui-même dans ses observations de 2012, 2007 et 2002 (Décision n° 2012-155 PDR du 21 juin 2012, Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2012, *Journal officiel* du 23 juin 2012, p. 10354, texte n° 65; Décision n° 2007-142 PDR du 7 juin 2007, Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2007, *Journal officiel* du 12 juin 2007, p. 10247, texte n° 37 ; Décision n° 2002-129 PDR du 7 novembre 2002, Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002, *Journal officiel* du 15 novembre 2002, p. 18808).

[1481] J.-E. Schoettl, « Le décret portant application de la loi n°62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel », *LPA*, n° 50, 2001, p. 10.

[1482] Décision n° 74-33 PDR du 24 mai 1974.

[1483] Le conseiller préconisait « d'augmenter le nombre de présentations et d'exiger que les signataires de celles-ci comprennent des élus du quart au moins des départements et territoires ».

[1484] Article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publiée au *Journal Officiel* le 7 novembre 1962 p. 10762.

[1485] Loi organique n°76-528 du 18 juin 1976 article unique publiée au *Journal officiel* le 19 juin 1976.

ne viennent du même département ou territoire d'outre-mer[1486]. Le Conseil constitutionnel estimait ensuite judicieux que les noms des élus parrainant un candidat soient publiés. Sur ce point, la loi de 1976 permettra au Conseil constitutionnel de rendre cette liste publique mais dans la limite de cinq cents, seuil nécessaire pour être candidat à l'élection présidentielle.

La Haute instance, n'étant que partiellement suivie, réitèrera sa recommandation dans ses observations relatives à l'élection présidentielle de 1988[1487], de 2002[1488] et de 2007[1489]. D'ailleurs, elle ira même jusqu'à publier l'intégralité de la liste des noms présentant les candidats dans ses locaux[1490] à défaut d'une publication au Journal officiel.

Finalement, la loi organique du 25 avril 2016 de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle[1491] précisera que l'intégralité des noms des élus présentant un candidat à l'élection présidentielle est publiée. Dans ses observations de 2017, le conseiller remarquera que le législateur organique est intervenu en « s'inspirant de ses recommandations »[1492]. Dans sa déclaration de 1974, le Conseil constitutionnel préconisait en outre de retarder la date de proclamation des résultats, dans le cas où la majorité absolue n'était pas atteinte. L'article 27 du décret de 1964[1493] prévoyait que le Conseil devait proclamer les résultats au plus tard le mardi à 20h. Dénonçant un laps de temps trop court, le pouvoir réglementaire a suivi le Conseil et a décidé d'allonger ce délai au mercredi à 20h[1494]. Le conseiller suggérait également que les pouvoirs publics devaient encadrer les sondages. Le législateur est intervenu quelques années

[1486] Avant la modification introduite par la loi organique du 18 juin 1976, la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel prévoyait qu'« une candidature ne peut être retenue que si, parmi les cent signataires de la présentation, figurent des élus d'au moins dix départements ou territoires d'outre-mer différents ».

[1487] Décision n° 88-61 PDR du 21 juillet 1988, Observations du Conseil constitutionnel relatives à l'élection présidentielle des 24 avril et 8 mai 1988.

[1488] Décision n°2002-129 PDR du 7 novembre 2002, Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002, *Journal officiel* du 15 novembre 2002, p. 18808.

[1489] Décision n° 2007-142 PDR du 7 juin 2007, Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2007, *Journal officiel* du 12 juin 2007, p. 10247, texte n° 37.

[1490] Décision n° 88-61 PDR du 21 juillet 1988 et « commentaire de la décision n°2012-233 QPC du 21 février 2012 », p. 4, disponible à l'adresse :
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012233qpc/ccc_233qpc.pdf.

[1491] Loi organique n° 2016-506 du 25 avril 2016 de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle Publiée au *Journal officiel* n°0098 du 26 avril 2016.

[1492] Décision n° 2017-172 PDR du 20 juillet 2017, Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 23 avril et 7 mai 2017.

[1493] Article 27 du décret n° 64-231 du 14 mars 1964 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi n° 62-1292, relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publié au *Journal officiel* du 17 mars 1964 p. 2491.

[1494] Article 2 du décret n°76-738 du 4 août 1976 modification du décret 64231 du 14 mars 1964 publié au *Journal officiel* du 8 août 1976 p. 4794.

après[1495] bien que la sincérité du scrutin ne soit pas pour autant protégée ni garantie[1496]. Le Conseil constitutionnel pointait du doigt également l'hypothèse dans laquelle un candidat admis à concourir à l'élection présidentielle décèderait : le droit positif n'envisageait aucune solution. Le constituant est donc intervenu trois années après cette préconisation[1497] en prévoyant une telle situation à l'article 7 de la Constitution[1498]. Le bilan des observations de 1974 est donc satisfaisant : les recommandations ont toutes été suivies par le constituant, le législateur organique et même le pouvoir réglementaire.

Aujourd'hui au nombre de huit pour l'élection présidentielle, deux pour le référendum, six pour les élections législatives, deux pour les élections sénatoriales et une relative aux échéances électorales confondant plusieurs élections, les observations sont pour la plupart émises à l'issue des scrutins[1499]. Le Conseil constitutionnel se permet de telles suggestions car il est un acteur essentiel du processus électoral en raison de la pluralité des compétences qu'il détient.

Il ne rend pas d'avis conformes. Pourtant, un simple avis consultatif peut constituer une source du droit. En effet, le Conseil constitutionnel leur octroie une valeur juridique au même titre que les autres décisions juridictionnelles[1500]. Au sein de ses recommandations en effet, d'autres offices du Conseil constitutionnel apparaissent de façon dissimulée. Il ne fait donc pas que conseiller. Au contraire, un contrôle de constitutionnalité est parfois perceptible (A). Par

---

[1495] Loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion publiée au *Journal officiel* du 20 juillet 1977 p. 3837.

[1496] H. Portelli, « La réglementation des sondages et l'élection présidentielle », *NCCC*, n° 34, 2012, p. 230.

[1497] Loi constitutionnelle n° 76-527 du 18 juin 1976 modifiant l'article 7 de la constitution, publiée au *Journal officiel* du 19 juin 1976, p. 3675.

[1498] « Si, dans les sept jours précédant la date limite du dépôt des présentations de candidatures, une des personnes ayant, moins de trente jours avant cette date, annoncé publiquement sa décision d'être candidate décède ou se trouve empêchée, le Conseil Constitutionnel peut décider de reporter l'élection.
Si, avant le premier tour, un des candidats décède ou se trouve empêché, le Conseil Constitutionnel prononce le report de l'élection.
En cas de décès ou d'empêchement de l'un des deux candidats les plus favorisés au premier tour avant les retraits éventuels, le Conseil Constitutionnel déclare qu'il doit être procédé de nouveau à l'ensemble des opérations électorales ; il en est de même en cas de décès ou d'empêchement de l'un des deux candidats restés en présence en vue du second tour.
Dans tous les cas, le Conseil Constitutionnel est saisi dans les conditions fixées au deuxième alinéa de l'article 61 ci-dessous ou dans celles déterminées pour la présentation d'un candidat par la loi organique prévue à l'article 6 ci-dessus.
Le Conseil Constitutionnel peut proroger les délais prévus aux troisième et cinquième alinéas sans que le scrutin puisse avoir lieu plus de trente-cinq jours après la date de la décision du Conseil Constitutionnel. Si l'application des dispositions du présent alinéa a eu pour effet de reporter l'élection à une date postérieure à l'expiration des pouvoirs du président en exercice, celui-ci demeure en fonction jusqu'à la proclamation de son successeur ».

[1499] Exceptées deux recommandations : Décision n° 2005-22 ELEC du 7 juillet 2005, Observations du Conseil constitutionnel sur les échéances électorales de 2007, *Journal officiel* du 8 juillet 2005, p. 11259, texte n° 83 et décision n° 2000-94 PDR du 22 juin 2000, Observations du Conseil constitutionnel dans la perspective de l'élection présidentielle, *Journal officiel* du 23 Juillet 2000, p. 11403.

[1500] Pour le cas des cours internationales : S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, *op. cit.*, p. 285.

ailleurs, le juge de la répartition des compétences normatives (B) et le juge électoral (C) n'en sont pas non plus absents.

A. L'interprétation des décisions du juge de la constitutionnalité par le conseiller

L'office du juge de la constitutionnalité apparaît lorsque le Conseil constitutionnel formule des observations en matière électorale. Néanmoins, l'office est en trompe l'œil car le Conseil ne censure pas. Il n'est d'ailleurs pas saisi pour ce faire. Lorsqu'il rend des recommandations, le conseiller s'arroge lui-même le droit de dresser un bilan des élections antérieures ou futures. Ceci peut se justifier puisqu'il est aussi juge électoral dans l'exercice d'autres compétences. Il est donc idéalement placé pour mettre en exergue les failles du droit électoral. « La connaissance intime que le Conseil constitutionnel a ainsi acquise de l'élection présidentielle, à tous ses stades, confère à ses observations une autorité d'autant plus grande qu'elles portent souvent sur des textes qu'il a lui-même vocation à appliquer »[1501].

Cependant, les suggestions émises à l'attention du législateur s'apparentent parfois à des ordres, voire à des injonctions, alors que les fonctions juridictionnelle et législative sont séparées au nom d'un principe de valeur constitutionnelle[1502]. C'est ce qui ressort des observations de 2005 à propos des futures élections présidentielle et législatives de 2007 : il « incombe donc au législateur de modifier ce découpage »[1503]. À défaut d'être établie pour les élections de 2007, une nouvelle délimitation doit s'effectuer après celles-ci, « laissant la porte entrouverte »[1504]. Le Conseil réitère son avertissement à l'occasion de ses observations à l'issue des élections législatives de 2007 en ajoutant qu'il « est désormais impératif de procéder à ce découpage »[1505].

Un constat identique est à relever concernant la sanction d'inéligibilité prononcée par le Conseil constitutionnel en tant juge électoral. Le conseiller estime, en 2012, que « [p]our éviter de trop grandes disparités entre les candidats déclarés inéligibles, (…) il serait souhaitable que

[1501] J. Benetti, « La portée des ‘‘observations sur l'élection présidentielle’’ », *LPA*, n° 243, 2012, p. 13.
[1502] Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *Journal officiel* du 18 janvier 1989, p. 754.
[1503] Décision n° 2005-22 ELEC du 7 juillet 2005, Observations du Conseil constitutionnel sur les échéances électorales de 2007, *Journal officiel* du 8 juillet 2005, p. 11259, texte n° 83.
[1504] S. Brondel, « Observations du Conseil constitutionnel sur les échéances électorales de 2007 », *AJDA*, 2005, p. 1486.
[1505] Décision n° 2008-24 ELEC du 29 mai 2008, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2007, *Journal officiel* du 4 juin 2008, p. 9205, texte n° 72.

le législateur prévoie que le point de départ de la période au cours de laquelle le candidat est inéligible est la date de l'élection »[1506]. Cette formulation est précisément reprise en 2019 dans ses observations relatives aux élections législatives de 2017. D'ailleurs le Conseil admet « renouveler la recommandation »[1507].

Ainsi, ces recommandations sont de véritables exigences auxquelles le législateur doit se soumettre. À cet égard, il se comporte comme un gardien de la Constitution. Parfois, le conseiller rappelle la position du juge de la constitutionnalité en l'explicitant de façon à inciter le législateur à s'y conformer et à légiférer. Par exemple, dans ses observations de 2008[1508], le Conseil se réfère expressément à la réserve d'interprétation[1509] émise à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'Outre-mer[1510].

De même, en formulant des suggestions pour les élections législatives de 1993[1511] et de 1997[1512], le Conseil constitutionnel vise, à ces deux reprises, la même décision du juge de la constitutionnalité[1513]. Pour celles de 1993, le Conseil constitutionnel considère implicitement que la fixation d'un seuil pour l'accès au financement public est nécessaire. Ici, le conseiller explique la décision DC. La censure résulte du seuil : 5% étant un pourcentage trop élevé. De la même façon, en 1997, il pousse le législateur à déterminer un seuil. La décision DC en l'espèce est, une fois encore, interprétée par le conseiller de façon à encourager le législateur à intervenir.

Le Conseil constitutionnel, dans ses observations, exerce un contrôle de conformité. Il constate, en 2005, que le texte suprême n'est pas respecté compte tenu des écarts de représentation qui sont « peu compatibles avec les dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution »[1514]. Aussi, à l'occasion du

[1506] Décision n° 2013-26 ELEC du 11 juillet 2013.
[1507] Décision n° 2019-28 ELEC du 21 février 2019, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 11 et 18 juin 2017, *Journal officiel* n°0046 du 23 février 2019, texte n° 76.
[1508] Décision n° 2008-24 ELEC du 29 mai 2008.
[1509] « Ce raisonnement a fondé une réserve d'interprétation au considérant 7 de la décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007 » conformément à ses observations de 2008, décision n° 2008-24 ELEC du 29 mai 2008.
[1510] Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer publiée au *Journal officiel* n°45 du 22 février 2007 p. 3121 contrôlée à l'occasion de la décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007.
[1511] Décision n° 94-9 ELEC du 29 mars 1994, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 21 et 28 mars 1993.
[1512] Décision n° 98-15 ELEC du 4 juin 1998, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 25 mai et 1er juin 1997, *Journal officiel* du 12 juin 1998, p. 8927.
[1513] Décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, *Journal officiel* du 13 janvier 1990, p. 573.
[1514] Décision n° 2005-22 ELEC du 7 juillet 2005.

référendum de 1992, le conseiller a-t-il rappelé que le principe du secret du vote « répond à une exigence d'ordre constitutionnel » [1515] et doit donc être « scrupuleusement respecté »[1516]. En somme, la logique du juge de la constitutionnalité est perceptible au sein des conseils relatifs aux différentes élections : « le développement de la fonction consultative du Conseil constitutionnel aurait pour intérêt majeur d'éviter que le contrôle de constitutionnalité soit une épée de Damoclès »[1517]. Les observations permettent au législateur de comprendre la position du juge de la constitutionnalité. Pour empêcher une censure, il suffirait au législateur de suivre les préconisations du conseiller. Ces dernières interprètent les décisions du juge de la constitutionnalité tout comme celles du juge de la répartition des compétences normatives.

B. Des suggestions répartissant les compétences normatives

Le juge de la répartition des compétences normatives est chargé de déterminer la valeur réglementaire ou législative d'une disposition. Son intervention est perceptible dans certaines recommandations alors qu'il n'a pas été saisi pour trancher un éventuel litige opposant le législateur et le pouvoir réglementaire. Ce n'est d'ailleurs pas un juge mais un conseiller qui se prononce.

L'exemple le plus marquant concerne les observations formulées à l'issue du référendum de 2000[1518]. À l'occasion de chaque consultation nationale, le Gouvernement est contraint d'édicter des décrets concernant la campagne en vue du référendum[1519], portant organisation du référendum[1520] ou encore décidant de soumettre un projet de loi au référendum[1521]. Le conseiller a estimé que l'organisation des référendums devait faire l'objet d'une législation

[1515] Décision n° 92-20 REF du 6 octobre 1992, Observations du Conseil constitutionnel relatives au référendum du 20 septembre 1992.
[1516] *Ibid.*
[1517] R. Arsac, « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », art. cité, p. 819.
[1518] Décision n° 2000-30 REF du 28 septembre 2000, Observations du Conseil constitutionnel sur le référendum, *Journal officiel* du 30 septembre 2000, p. 15476.
[1519] Par exemple le décret n°2000-667 du 18 juillet 2000 relatif à la campagne en vue du référendum publié au *Journal officiel* n°165 du 19 juillet 2000 p. 11070.
[1520] Pour un exemple : décret n° 92-771 du 6 août 1992 portant organisation du référendum publié au *Journal officiel* n°183 du 8 août 1992, p. 10787.
[1521] Décret n° 2005-218 du 9 mars 2005 décidant de soumettre un projet de loi au référendum, publié au *Journal officiel* n°58 du 10 mars 2005, p. 3984.

permanente[1522]. En somme, il a explicitement considéré que le législateur était compétent, eu égard à l'article 34 de la Constitution consacrant le droit civique renvoyant au droit de suffrage.

Plus qu'une incitation, le conseiller s'est transformé en juge de la répartition des compétences normatives et a admis que le pouvoir réglementaire outrepassait sa compétence en empiétant sur le domaine du législateur. En effet, il est « d'avis que relève de la loi l'édiction de règles permanentes régissant l'organisation des référendums, le pouvoir réglementaire devant se borner à en fixer les modalités d'application »[1523].

Il ne s'agit pas d'une décision qui s'impose, comme les décisions L ou FNR, en vertu de l'article 62 de la Constitution. Toutefois, la logique du juge de la répartition des compétences normatives est visible, de sorte que le législateur est autorisé et même encouragé à légiférer dans ce domaine : ces matières relèvent de sa compétence en vertu de l'article 34 de la Constitution. Le conseiller dévoile donc la position du juge de la répartition des compétences normatives. À défaut de pouvoir être saisi par le législateur d'une demande de reclassement, puisqu'il n'existe pas d'article en faveur du législateur, comparable à l'article 37, alinéa 2 de la Constitution, il émet des observations. Est moins surprenante l'intervention du juge électoral dans les suggestions formulées par le Conseil constitutionnel.

C. Un juge électoral omniprésent dans les observations

On décèle l'action du juge électoral dans les observations du Conseil constitutionnel. En effet, un état du droit électoral est dressé. Appliquant ce droit électoral, le Conseil est légitime à formuler des suggestions permettant de l'harmoniser[1524] ou de le modifier[1525]. En outre, il dresse un bilan des élections passées en faisant notamment référence aux éventuelles annulations du juge électoral[1526]. Il explique les principales raisons l'ayant conduit à annuler

[1522] Cette recommandation avait déjà été formulée dans une décision quelques jours auparavant. Lors de la décision n° 2000-26 REF du 6 septembre 2000 (décision du 6 septembre 2000 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE, *Journal officiel* du 9 septembre 2000, p. 14164), le juge électoral avait souligné que le pouvoir réglementaire devait intervenir pour pallier les insuffisances du législateur.
[1523] Décision n° 2005-22 ELEC du 7 juillet 2005.
[1524] Le Conseil constitutionnel suggère d'unifier le droit électoral à l'ensemble du territoire : décision n° 2000-30 REF du 28 septembre 2000.
[1525] Par exemple, le Conseil constitutionnel a suggéré notamment de créer un délit d'entrave à l'action des délégués du Conseil constitutionnel (décision n° 2005-22 ELEC du 7 juillet 2005).
[1526] Par exemple dans les observations de 2008 (décision n° 2008-24 ELEC du 29 mai 2008), sont précisées les décisions consacrant une annulation.
C'est également le cas dans celles de 2013 (décision n° 2013-26 ELEC du 11 juillet 2013).

les résultats de certains bureaux de vote. De plus, la méconnaissance des règles essentielles à la régularité et à la sincérité du scrutin est le plus souvent soulignée[1527]. Néanmoins, parfois le Conseil se justifie en admettant qu'au contraire, malgré les manquements constatés, l'annulation n'était pas nécessaire[1528]. En somme, le conseiller interprète les décisions du juge électoral. Par exemple, dans ses observations de 2019 concernant les élections législatives de 2017, le Conseil constitutionnel explique la raison pour laquelle le juge électoral n'a pas prononcé l'inéligibilité d'un candidat alors que la C.N.C.C.F.P. avait rejeté à bon droit son compte de campagne[1529]. Le conseiller justifie la position du juge électoral en expliquant que « le manquement commis ne présentait ni particulière gravité ni caractère délibéré »[1530].

Le législateur s'est également vu menacé, à plusieurs reprises[1531], par le Conseil constitutionnel à propos du découpage des circonscriptions électorales. Le conseiller prévient qu'il est nécessaire de procéder à un redécoupage. Le juge électoral, en plus du juge de la constitutionnalité, se dissimule derrière cette mise en garde. Il s'agit d'un avertissement : le juge électoral pourrait annuler les élections pour ce motif puisque le principe d'égalité devant le suffrage n'est pas respecté. De la même façon, dans ses observations de 2013[1532], il prévient que les prochaines décisions du juge électoral ne seront pas aussi clémentes. En effet, le juge électoral a refusé de prononcer l'inéligibilité des parlementaires ayant utilisé leur indemnité des frais de représentation pour financer leur campagne[1533]. Pourtant, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques a rejeté, à bon droit selon le juge électoral, les comptes de ces parlementaires.

L'auteur des recommandations est placé dans une situation originale : se comportant parfois comme un juge de la constitutionnalité, comme un juge de la répartition des compétences normatives ou encore comme un juge électoral, son rôle est équivoque. L'enchevêtrement des offices permet au conseiller d'inciter le législateur ou le pouvoir réglementaire à intervenir : ses recommandations s'imposent de cette façon.

[1527] Décision n° 88-61 PDR du 21 juillet 1988.
[1528] Décision n° 2000-30 REF du 28 septembre 2000.
[1529] Décision n° 2018-5532 AN du 4 mai 2018, A.N., Tarn 1ère circ., *Journal officiel* n°0106 du 8 mai 2018 texte n° 99, cons. 3 à 6.
[1530] Décision n° 2019-28 ELEC du 21 février 2019.
[1531] Décision n° 2003-20 ELEC du 15 mai 2003, Décision n° 2005-22 ELEC du 7 juillet 2005, Décision n° 2008-24 ELEC du 29 mai 2008.
[1532] Décision n° 2013-26 ELEC du 11 juillet 2013.
[1533] Décision n° 2012-4715 AN du 1er mars 2013, A.N., Haute-Vienne (2ème circ.), *Journal officiel* du 5 mars 2013 p. 4004, texte n° 50 ; Décision n° 2013-4795 AN du 1er mars 2013, A.N., Bouches-du-Rhône (14ème circ.), *Journal officiel* du 5 mars 2013 p. 4005, texte n° 52 ; Décision n° 2013-4845 AN du 12 avril 2013, A.N., Guyane (1ère circ.), *Journal officiel* du 17 avril 2013 p. 6721, texte n° 70.

En un mot, « lorsqu'il publie des observations, le Conseil constitutionnel expose les raisons exactes de ses suggestions, décrit de manière explicite la nouvelle règle à instituer, encourage l'autorité normative en invoquant les suites favorables qu'elle a pu donner précédemment et blâme celle-ci en cas de non-respect des avis énoncés »[1534]. C'est d'autant plus vrai que ses observations apparaissent dans les décisions que le Conseil rend en tant que juge.

§ 2 : L'immixtion de l'office consultatif dans les décisions juridictionnelles

Le Conseil constitutionnel, dans sa fonction consultative, a trouvé un moyen d'être entendu : le conseiller se dissimule au sein des décisions du juge de la constitutionnalité (A). En outre, le conseiller et le juge électoral incitent le législateur à modifier la législation. Le Conseil se permet également d'émettre des préconisations, ce qui laisse entrevoir l'office consultatif sous l'égide du juge électoral (B).

A. Des suggestions consacrées dans les décisions du juge de la constitutionnalité

Dans certaines décisions, le juge de la constitutionnalité émet des recommandations. Celles-ci ne peuvent être assimilées à des réserves d'interprétations puisque le juge de la constitutionnalité censure la disposition concernée (1). Or, selon Alexandre Viala, une réserve d'interprétation, même directive, conditionne la constitutionnalité du texte déféré[1535]. La censure contient des recommandations afin que le législateur adopte une loi conforme aux vœux du Conseil constitutionnel (2). Dans d'autres circonstances, le juge de la constitutionnalité admet la conformité à la Constitution de dispositions législatives tout en exprimant sa désapprobation (3).

1. La censure suivie de recommandations

Le juge de la constitutionnalité censure les dispositions législatives qui ne sont pas conformes à la Constitution. Cela permet au législateur de remédier aux inconstitutionnalités

[1534] R. Arsac, « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », art. cité, p. 799.
[1535] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, op. cit.*, pp. 82-83.

contrôlées. Le juge de la constitutionnalité est écouté depuis les années 1980 par le législateur, comme en témoigne la circulaire du 27 mai 1988 : « il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalités susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements et les propositions de loi inscrites à l'ordre du jour »[1536]. La circulaire met ainsi en exergue la nécessité d'éviter les dispositions qui ne seraient pas conformes à la Constitution. Les services du Gouvernement ont l'obligation de procéder à une veille juridique au risque d'encourir une censure. « Le Conseil constitutionnel est évidemment le gendarme de la Constitution dont la présence inspire une crainte salutaire, d'où se déduit le rôle préventif qui est le sien »[1537]. Il influence sans conteste le Parlement[1538]. La question prioritaire de constitutionnalité a renforcé la contrainte juridique pesant sur le législateur[1539], « cette logique de prévention se double désormais d'une logique de correction »[1540]. Toutefois, l'originalité ne réside pas sur ce point.

Le plus original est que le juge de la constitutionnalité assortit sa décision de suggestions alors même que la disposition déférée n'est pas conforme. Le juge de la constitutionnalité censure une disposition législative et aiguille, parfois, le législateur à davantage de précisions pour la rendre conforme. En d'autres termes, il indique, il conseille, voire il critique et pour autant, c'est une décision qu'il rend. Ainsi les décisions contiennent des conseils dissimulés.

Le législateur est contraint de suivre ces recommandations puisqu'il encourt une censure dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* ou *a posteriori*. C'est le cas dans la décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983[1541]. Le juge de la constitutionnalité, saisi pour contrôler la loi de finances de 1984, émet des observations au titre de l'article 89 qui prévoyait que les agents de l'administration fiscale pouvaient procéder à des investigations et des recherches dans les lieux privés. Il estime que le législateur fait preuve d'imprécisions et censure la disposition. Il justifie sa décision mais, bien au-delà, tente d'influencer le législateur pour qu'il entoure sa prochaine disposition de limites. Selon lui, les dispositions ne sont pas suffisamment explicites dans « l'acceptation du terme "infraction" qui peut être entendu en

[1536] Circulaire du 25 mai 1988 relative à la méthode de travail du gouvernement publiée au *Journal officiel* du 27 mai 1988 p. 7382.
[1537] G. Carcassonne, « Le rôle du contrôle de constitutionnalité dans l'élaboration et le vote de la loi » *in Le Conseil constitutionnel a quarante ans*, LGDJ, 1999, p. 87.
[1538] B. Genevois, « L'influence du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n°49, 1989, p. 47.
[1539] O. Dord, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *NCCC*, n° 38, 2013, p. 294.
[1540] J. Benetti, « Les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions*, 2011, p. 42.
[1541] Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, Loi de finances pour 1984, *Journal officiel* du 30 décembre 1983, p. 3871.

plusieurs sens et ne limitent donc pas clairement le domaine ouvert aux investigations en question »[1542].

De la même façon, il demande plus de précisions sur la mission du juge consistant à vérifier le bien-fondé de la demande d'investigation des agents de l'administration, sur les possibilités d'intervention et de contrôle de l'autorité judiciaire dans le déroulement des opérations autorisées ou encore sur l'autorisation spéciale relative aux visites et investigations dans les locaux destinés à l'habitation. L'article 89 de la loi de finances de 1984 n'est donc pas conforme à la Constitution et aurait « dû être assorti de prescriptions et de précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive »[1543].

Il en est également ainsi dans la décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985[1544]. D'après le juge de la constitutionnalité, le législateur doit modifier l'établissement de servitude qui est posé nécessairement par une autorité de l'État et non par un établissement public. Il doit en outre prévoir une procédure permettant aux intéressés d'être informés des nécessités de l'établissement de la servitude et de formuler des observations. À défaut, le risque d'arbitraire n'est pas écarté dans la détermination des immeubles désignés pour supporter la servitude. Par conséquent, les dispositions en cause ne sont pas conformes à la Constitution[1545]. Le législateur a pris acte des observations du juge de la constitutionnalité puisque quelques jours après la décision du Conseil, une loi a été adoptée. Cette dernière prévoit que la mise en œuvre de la servitude est autorisée par « une autorité administrative au nom de l'État après que les propriétaires et tous autres intéressés ont été, dans un délai qui ne peut être inférieur à vingt jours, informés des motifs qui justifient l'institution de la servitude et le choix de l'emplacement, et mis à même de présenter leurs observations sur le projet »[1546].

De façon analogue, dans la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987[1547], le juge entoure sa décision de préconisations. Le législateur a substitué à la Cour d'appel de Paris le Conseil d'État qui désormais est juge d'appel des décisions prises par le Conseil de la concurrence. Le juge de la constitutionnalité reproche d'avoir repris *in extenso* l'ordonnance du

[1542] Considérant 29 de la décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983.
[1543] Considérant 30 de la décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983.
[1544] Décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle, *Journal officiel* du 14 décembre 1985, p. 14574.
[1545] Considérant 12 de la décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985.
[1546] Article unique de la loi n°85-1361 du 23 décembre 1985 complétant la loi 82652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle publiée au *Journal officiel* du 24 décembre 1985 p. 15055.
[1547] Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *Journal officiel* du 25 janvier 1987, p. 924.

1er décembre 1986[1548] qui ne confie aucun pouvoir de sursis à exécution à la Cour d'appel dès lors qu'un recours est formé contre une décision du Conseil de la concurrence[1549]. Il propose ainsi implicitement au législateur de modifier la disposition dans ce sens. Le législateur a suivi ses suggestions. L'article 15 a été modifié : le recours devient suspensif si le premier président de la Cour d'appel de Paris estime que des conséquences manifestement excessives peuvent s'ensuivre ou si des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité sont intervenus[1550].

La décision n° 90-281 DC du 27 décembre 1990[1551] est un autre exemple à l'occasion duquel le juge de la constitutionnalité émet des remarques. Le Conseil constitutionnel a été saisi de la loi sur la réglementation des télécommunications. Son article 9, qui modifie la rédaction de l'article L. 40 du code des postes et télécommunications, est inconstitutionnel en ce que le respect des droits et libertés constitutionnels ne sont pas suffisamment garantis. Cette disposition permettait notamment à certains fonctionnaires de l'administration des télécommunications de constater et de rechercher si des personnes physiques ou morales ont commis une infraction à la législation sur les télécommunications. Ce pouvoir réservé à la police judiciaire est étendu à certains membres de l'administration. Le Conseil regrette qu'aucune exigence procédurale ne soit consacrée, ce qui entraîne alors une atteinte aux droits et libertés constitutionnels. Le juge de la constitutionnalité aurait pu s'en tenir à cette analyse. Pourtant, explicitement, il invite le législateur à préciser qu'une information préalable du procureur de la République ou même qu'une communication de la copie du procès-verbal à la personne concernée est à envisager. Il constate en outre qu'aucune limitation dans le temps de l'accès aux locaux n'est prévue ni même le cas dans lequel les locaux visités constitueraient le domicile des personnes concernées. Dans la foulée, le législateur a suivi à la lettre les conseils du juge de la constitutionnalité. En prenant une nouvelle disposition[1552], il l'a entourée de garanties : le procureur de la République est obligatoirement averti des opérations d'investigation visant à rechercher et constater les infractions, il peut même s'y opposer. Lui est transmis le procès-verbal, sachant qu'une copie est adressée à l'intéressé. L'accès aux

[1548] Ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence publiée au *Journal officiel* du 9 décembre 1986, p. 14773.
[1549] Considérant 21 de la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987.
[1550] Article 15 modifié par la loi n°87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire publiée au *Journal officiel* du 7 juillet 1987, p. 7391.
[1551] Décision n° 90-281 DC du 27 décembre 1990, Loi sur la réglementation des télécommunications, *Journal officiel* du 29 décembre 1990, p. 16343.
[1552] Article 1er de la loi n° 91-648 du 11 juillet 1991 modifiant le code des postes et des télécommunications publiée au *Journal officiel* du 13 juillet 1991.

locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel utilisés pour commettre l'infraction est encadré[1553] mais les locaux servant de domicile sont inaccessibles.

Cette originalité n'est pas uniquement perceptible dans les décisions rendues prises *a priori*. Au contraire, même dans les décisions rendues *a posteriori*, le juge de la constitutionnalité suggère au législateur d'éventuelles modifications. La retentissante décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010[1554] relative au régime de la garde à vue n'y a pas échappé. Outre le changement de circonstances remarqué[1555], le Conseil constitutionnel explique, malgré la censure, que le législateur aurait dû prendre de telles mesures. À demi-mot, la Haute instance émet des suggestions afin de surmonter l'inconstitutionnalité. Il considère par exemple que pour allonger la durée d'une garde à vue, le procureur de la République doit justifier de la gravité des faits. En d'autres termes, seules les infractions particulièrement graves devraient fonder la prolongation de la garde à vue. À la suite de cette décision, l'article 63 du code de procédure pénale a été modifié dans ce sens : « la garde à vue peut être prolongée pour un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus, sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République, si l'infraction que la personne est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an et si la prolongation de la mesure est l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs mentionnés aux 1° à 6° de l'article 62-2 [du code de procédure pénale] »[1556]. Le législateur a donc entendu des exigences du Conseil constitutionnel[1557]. Le juge de la constitutionnalité formule également des avis lorsque se pose des problèmes d'interprétation de la Constitution.

[1553] Conformément à l'alinéa 2 de l'article L. 40 du code des postes et télécommunications, modifié par la loi n°91-648 du 11 juillet 1991 : « pendant leurs heures d'ouverture lorsqu'ils sont ouverts au public et, dans les autres cas, qu'entre 8 heures et 20 heures ».

[1554] Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], *Journal officiel* du 31 juillet 2010, p. 14198, texte n° 105.

[1555] L. Favoreu, L. Philip, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva et A. Roux *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 185.

[1556] Deuxième alinéa du II de l'article 63 de Code de procédure pénale.

[1557] G. Drago, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, n°6, disponible à l'adresse : http://juspoliticum.com/article/L-influence-de-la-QPC-sur-le-Parlement-ou-la-loi-sous-la-dictee-du-Conseil-constitutionnel-379.html.

2. Les avis rendus par le juge de la constitutionnalité touchant à un problème d'interprétation

Dans d'autres cas, une décision du juge de la constitutionnalité tranche parfois un conflit et à ce titre est assimilable à un avis sur une question donnée. Les parlementaires peuvent demander au Conseil constitutionnel l'interprétation d'une disposition du texte constitutionnel[1558], c'est ce qui résulte de la décision n° 59-5 DC du 15 janvier 1960[1559]. Marcel Sammarcelli, député[1560], avait précisé lui-même, lors des débats parlementaires, que « le Conseil pourra donc donner son avis en toute clarté en se prononçant sur la proposition de résolution approuvée à la majorité par la commission »[1561].

À la fin de l'année 1959, un débat a lieu sur l'interprétation de l'article 44, alinéa 3 de la Constitution qui dispose que « si le Gouvernement le demande, l'Assemblée saisie se prononce par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par le Gouvernement ». Cet article, qui est une exception au principe fondamental qui garantit l'indépendance et la sincérité des votes des parlementaires[1562], est favorable au Gouvernement puisqu'il n'engage pas sa responsabilité.

En 1959, la controverse portait sur l'interprétation de ce texte : le Gouvernement pouvait-il demander le vote bloqué sur la totalité du texte alors qu'un vote avait déjà eu lieu sur une partie de celui-ci ? La réponse de l'Assemblée nationale était négative puisqu'elle estimait que l'article 96 de son règlement devait être rédigé comme suit : « au cas où l'Assemblée aurait procédé au vote d'une ou plusieurs parties du projet ou de la proposition de loi dans les conditions de l'article 95, alinéa 1, le vote sur l'ensemble de ce projet ou de cette proposition de loi ne pourrait plus intervenir qu'après le vote du dernier article »[1563]. Le juge de la constitutionnalité a estimé cette résolution du règlement de l'Assemblée nationale contraire à l'article 44, alinéa 3 de la Constitution et a donc opté pour un champ d'application large.

[1558] S. de Cacqueray, *Le Conseil constitutionnel et les règlements des assemblées*, Economica, 2001, p. 141.
[1559] Décision n° 59-5 DC du 15 janvier 1960, Résolution modifiant les articles 95 et 96 du règlement de l'Assemblée nationale, *Journal officiel* du 27 janvier 1960, p. 940.
[1560] Rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.
[1561] AN, 1ère séance du vendredi 18 décembre 1959, débats parlementaires, *Journal officiel* du 19 décembre 1959, p. 3487, disponible à l'adresse : http://archives.assemblee-nationale.fr/1/cri/1959-1960-ordinaire1/074.pdf.
[1562] P. Avril, J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit parlementaire*, *op. cit*., p. 226.
[1563] Extrait de l'amendement n°1 adopté de Messieurs P. Coste-Floret et F. Valentin concernant l'article 96 du règlement de l'Assemblée nationale.

Cette restriction « pourrait d'ailleurs avoir pour effet d'inciter le Gouvernement à demander, avant tout vote partiel, un seul vote portant sur l'intégralité du texte, dans le cas même où il ne désirerait pas priver l'Assemblée de la faculté de se prononcer par des votes distincts sur la majeure partie dudit texte »[1564]. Tout en ayant une interprétation conforme aux vœux des constituants, le juge de la constitutionnalité justifie sa censure en prétextant qu'il encourage la discussion des parlementaires. En tout état de cause, le Gouvernement a la faculté de demander à l'Assemblée nationale un vote bloqué, conformément à l'article 44 alinéa 3 de la Constitution, même si un vote a déjà eu lieu sur une partie du texte. Cette disposition protège la cohérence du texte et garantit le droit d'initiative. Toutefois, ce n'est pas un gage de rapidité du processus législatif puisque le débat n'est pas interrompu[1565]. La décision du juge a donc été l'occasion d'émettre son point de vue sur la question. Depuis lors, cette interprétation n'est pas remise en cause puisque le règlement de l'Assemblée nationale y fait encore référence[1566]. Dans d'autres hypothèses, le juge de la constitutionnalité critique des dispositions législtives qu'il juge pour autant conformes à la Constitution.

3. L'expression d'un regret à l'occasion d'une décision de conformité

Dans certaines circonstances, les dispositions législatives sont validées par le juge de la constitutionnalité. Ce dernier les considère conformes à la Constitution. Pour autant, il émet un regret. La décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017[1567] en est une illustration.

L'article 28 quater A qui concernait l'abattement de taxe foncière sur les propriétés bâties, adopté en première lecture par les deux chambres, a été supprimé en nouvelle lecture après la réunion de la commission mixte paritaire et ce malgré la règle de l'entonnoir. Le juge de la constitutionnalité estime que la suppression de cet article est « regrettable »[1568]. En d'autres termes, il désapprouve mais ne peut émettre aucune critique dans l'exercice de cet office : assurément « il ne lui appartient pas de (…) regretter »[1569] mais uniquement de censurer. Censure qui n'a pas eu lieu.

[1564] Considérant 4 de la décision n°59-5 DC du 15 janvier 1960.
[1565] P. Jan, *Les assemblées parlementaires françaises*, La documentation française, 2010, p. 145.
[1566] Article 96 du règlement de l'Assemblée nationale mis à jour en février 2018.
[1567] Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, *Journal officiel* n°0024 du 28 janvier 2017 texte n° 2.
[1568] Considérant 8 de la décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017.
[1569] A.-L. Cassard-Valembois, « De regrettables regrets rue de Montpensier... », *AJDA*, 2017, p. 313.

Le juge de la constitutionnalité émet également un tel point de vue à l'occasion de la décision n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010[1570] : le législateur avait inséré dans la première partie de la loi de finances deux articles qui n'y avaient pas leur place. Conformément à l'article 34 de la loi organique relative aux lois de finances[1571], la loi de finances contient deux parties. Chaque disposition, selon son contenu, est placée en connaissance de cet article. Par exemple, dans la première partie, ce sont les dispositions relatives aux ressources de l'État qui affectent l'équilibre budgétaire[1572] alors que dans la seconde, ce sont notamment les dispositions qui « autorise[nt] l'Etat à prendre en charge les dettes de tiers »[1573]. En l'espèce, eu égard au contenu des articles de la loi de finances déférée, les articles 21 et 22 auraient dû être consacrés dans la deuxième partie. Bien que ce soit « regrettable »[1574], la procédure d'adoption de la loi n'en est pas pour autant méconnue.

De la même façon, en 2003[1575], une nouvelle répartition des sièges de sénateurs est soumise au contrôle du juge de la constitutionnalité. Néanmoins, le législateur a choisi de ne pas réduire le nombre de sièges dans les départements même si son nouveau mode de calcul aurait dû y conduire. Ainsi, seule une modification à la hausse est envisagée. Cette dérogation, bien qu'elle ne concerne que quatre sièges, est considérée comme regrettable par le juge de la constitutionnalité. Malgré cela, le principe d'égalité devant le suffrage n'est pas méconnu. Il pourrait s'agir d'une forme « d'indulgence »[1576] puisqu'il ne censure pas. C'est une « entorse »[1577], même s'il « condamne »[1578] la disposition. Ce terme « regrettable » est parfois utilisé par le juge de la constitutionnalité : à défaut d'une censure, il donne néanmoins son avis sur la question.

Le rôle de conseiller est donc visible à plusieurs égards et sous plusieurs aspects au sein des décisions DC ou QPC. Ainsi, ces avis insérés dans les décisions du juge de la constitutionnalité sont dotés de l'autorité de la chose jugée en vertu de l'article 62, alinéa 2 de

[1570] Décision n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010, Loi de finances pour 2011, *Journal officiel* du 30 décembre 2010, p. 23190, texte n° 3, cons. 5.
[1571] Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances publiée au *Journal officiel* n°177 du 2 août 2001 p. 12480.
[1572] Deuxièmement du paragraphe I de l'article 34 de la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances.
[1573] Sixièmement du paragraphe II de l'article 34 de la loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances.
[1574] Considérant 5 de la décision n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010.
[1575] Décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, Loi portant réforme de l'élection des sénateurs, *Journal officiel* du 31 juillet 2003, p. 13038, cons. 7.
[1576] R. Ghevontian, « Note sous décision n° 2003-475 DC », *RFDC*, n°56, 2003, p. 814.
[1577] J.-E. Schoettl, « La réforme du Sénat devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, n°159, 2003, p. 6.
[1578] J.-B. Menguy, « La réforme du Sénat : de l'étreinte juridique à la régulation juridique », *LPA*, n°136, 2004, p. 12.

la Constitution car elles figurent dans les décisions rendues sur le fondement des articles 61 et 61-1 de la Constitution. Mais le conseiller ne s'immisce pas uniquement dans les décisions du juge de la constitutionnalité.

B. Les incitations à légiférer du juge électoral

Le juge électoral incite le législateur à modifier certaines dispositions. Il faut toutefois distinguer les observations émises par le conseiller et les décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière électorale. Dans le premier cas, les suggestions ne sont pas revêtues de l'autorité de chose jugée[1579]. Dans le second cas, le juge électoral rend des décisions qui s'imposent tant aux juridictions qu'aux pouvoirs publics. Le législateur est donc concerné par les décisions relatives au contentieux électoral et il est tenu de les respecter.

L'office consultatif s'introduit parfois dans les décisions du juge électoral. Cette situation est illustrée par les décisions n° 2001-18 ELEC du 20 septembre 2001 et n° 2007-23 ELEC du 3 mai 2007. Dans les deux cas, les requérants contestent les décrets convoquant les électeurs[1580] qui seraient contraires au principe d'égalité devant le suffrage en raison des disparités démographiques résultant du découpage électoral prévu par les lois de 1976[1581] pour les sénateurs et de 1986[1582] pour les députés. Le juge électoral précise explicitement, dans les deux cas, sans censurer, que les lois sont inconstitutionnelles. Par conséquent, il encourage le législateur à modifier la répartition par département des sièges de sénateurs et le redécoupage des circonscriptions législatives en faisant état d'une « carence »[1583] du législateur. L'office consultatif est donc visible au sein des décisions du juge électoral.

[1579] X. Magnon, « Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre "autorité" et "force" de chose jugée », *RFDA*, 2013, p. 859.
[1580] Décret n°2001-580 du 4 juillet 2001 portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des sénateurs publié au *Journal officiel* n°154 du 5 juillet 2001 p. 10736, texte n° 7 et décret n° 2007-589 du 24 avril 2007 portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale publié au *Journal officiel* n°97 du 25 avril 2007 p. 7402 texte n° 8.
[1581] Loi n° 76-645 du 16 juillet 1976 modifiant le tableau n° 6 annexé à l'article L. 279 du code électoral fixant le nombre des sénateurs représentant les départements publiée au *Journal officiel* n°0165 du 17 juillet 1976 p. 4276.
[1582] Loi n° 86-1197 du 24 novembre 1986 relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés publiée au *Journal officiel* du 25 novembre 1986 p. 14171.
[1583] Considérant 8 de la décision n° 2001-18 ELEC du 20 septembre 2001 et considérant 4 de la décision n°2007-23 ELEC du 3 mai 2007.

Entre ces deux décisions, le conseiller avait déjà fait remarquer combien il était nécessaire de modifier la délimitation des circonscriptions[1584] dans ses observations de 2003[1585]. Pour autant, en l'absence d'une intervention du législateur, le conseiller agit dans les décisions contentieuses du juge électoral pour faire pression sur le législateur. Le Conseil constitutionnel aurait pu se contenter d'émettre une prescription uniquement dans ses observations puisque ces disparités démographiques ont à nouveau été dénoncées en 2007[1586], mais il a préféré insérer cette suggestion dans une décision contentieuse pour s'assurer de son autorité.

Un autre cas est révélateur de l'intention du conseiller dans les décisions rendues en matière de contentieux électoral : il s'agit de la décision n° 2002-19 ELEC du 22 mai 2002[1587]. L'association requérante[1588] soutient que le décret du 8 mai 2002[1589] est contraire au principe d'égalité des électeurs devant le suffrage. En effet, les électeurs des départements d'outre-mer ont connaissance des résultats de la Métropole avant la fermeture de leurs bureaux de vote. Bien que la requête soit recevable, l'intérêt à agir de l'association n'est pas flagrant, voire est douteux[1590]. Toutefois, le Conseil rejette le moyen sur le fond : le juge électoral refuse d'admettre qu'un principe constitutionnel soit méconnu. Le plus remarquable, néanmoins, est qu'il reconnaît que les inconvénients d'une telle situation soient « regrettables »[1591]. Indubitablement, le juge électoral émet un conseil à l'adresse du législateur. À tel point que le Conseil renouvelle sa suggestion dans ses observations à la suite des élections législatives de 2002[1592] : « il conviendrait de retenir (comme cela est déjà le cas pour la Polynésie française) un dispositif évitant aux électeurs d'outre-mer de connaître les résultats de métropole alors que

[1584] « Depuis lors, deux recensements généraux, intervenus en 1990 et 1999, ont mis en lumière des disparités de représentation peu compatibles avec les dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution. Il incombe donc au législateur de modifier ce découpage, comme il se prépare, semble-t-il, à le faire pour les élections sénatoriales ».
[1585] Décision n° 2003-20 ELEC du 15 mai 2003.
[1586] « Or, le découpage actuel des circonscriptions, qui résulte de la loi n° 86-1197 du 24 novembre 1986, repose sur les données du recensement général de 1982. Depuis lors, deux recensements généraux, intervenus en 1990 et 1999, ont mis en lumière des disparités de représentation peu compatibles avec les dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution » : décision n° 2008-24 ELEC du 29 mai 2008, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2007, *Journal officiel* du 4 juin 2008, p. 9205, texte n° 72.
[1587] Décision n° 2002-19 ELEC du 22 mai 2002, Décision du 22 mai 2002 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE et l'association DÉCLIC, *Journal officiel* du 25 mai 2002, p. 9547.
[1588] Il s'agit de l'association Déclic.
[1589] Décret n° 2002-888 du 8 mai 2002 portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale et fixant le déroulement des opérations électorales, *Journal officiel* n°108 du 10 mai 2002 p. 9093, texte n° 4.
[1590] J.-E. Schoettl, « Actes préparatoires aux élections législatives de juin 2002 », *LPA*, n° 111, 2002, p. 13.
[1591] Considérant 10 de la décision n° 2002-19 ELEC du 22 mai 2002.
[1592] Décision n° 2003-20 ELEC du 15 mai 2003.

les opérations électorales ne sont pas encore closes sur place ». Le juge compétent pour statuer sur le contentieux des élections aurait pu se contenter de rejeter le moyen avancé par l'association requérante. En donnant franchement son avis, le conseiller s'immisce dans la fonction contentieuse.

Auparavant, le Conseil avait déjà donné son avis dans une décision relative au contentieux présidentiel en 1969[1593]. Pour être élu Président de la République, des conditions doivent être remplies, par exemple celle d'avoir 23 ans révolus[1594]. Le paragraphe II de l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République, dans sa version en vigueur à cette date[1595], précise que les opérations électorales sont organisées conformément aux articles L. 1 à L. 45 du code électoral. L'article L. 45 prévoit explicitement que pour être élu, il est nécessaire de remplir les obligations de la loi sur le recrutement de l'armée. Or la loi du 31 mars 1928 relative au recrutement de l'armée[1596] fait référence aux obligations militaires des citoyens eu égard à leur âge et à leur situation. Les obligations militaires sont donc entendues dans un sens large.

En revanche, les députés ne peuvent être élus s'ils n'ont pas accompli leur service militaire actif en vertu de l'ordonnance du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires[1597]. Une différence de situation flagrante apparaît. Pour être député, il faut nécessairement avoir effectué son service militaire alors que pour être Président de la République, l'accomplissement en cours du service militaire suffit. En l'espèce, le requérant cherchait à annuler la candidature d'Alain Krivine qui était candidat à l'élection présidentielle de 1969 alors qu'il n'avait pas encore achevé son service militaire. Or, le juge électoral estime que sa qualité de candidat à l'élection présidentielle n'est pas contraire aux textes. *A contrario*, il n'aurait pas pu être parlementaire puisqu'une condition lui faisait défaut. Les conditions pour exercer un mandat de député sont donc plus exigeantes que pour être Chef de l'État[1598]. Le Conseil constitutionnel prend acte de cette anomalie en

[1593] Décision n° 69-18 PDR du 17 mai 1969, Décision du 17 mai 1969 portant sur une réclamation présentée par M. DUCATEL contre l'établissement de la liste des candidats à la Présidence de la République, *Journal officiel* du 18 mai 1969, p. 4975.
[1594] Article L. 44 du code électoral dans sa version antérieure à 2000 (modifié par la loi n° 2000-295 du 5 avril 2000 relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice publiée au *Journal officiel* n°82 du 6 avril 2000 p. 5239 texte n° 2).
[1595] Version en vigueur du 19 juin 1976 au 21 décembre 1983, conformément à la loi n°76-528 du 18 juin 1976 modification de l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962 publiée au *Journal officiel* du 19 juin 1976 p. 3676.
[1596] Loi du 31 mars 1928 relative au recrutement de l'armée publiée au *Journal officiel* du 3 avril 1928 p. 3808.
[1597] Ordonnance n°58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires publiée au *Journal officiel* du 25 octobre 1958 p. 9727.
[1598] A. Claisse, « Note de jurisprudence sous la décision n° 69-18 PDR du 17 mai 1969 », *JCP G*, 1970, note 16271 II, p. 1970.

précisant qu'elle est « surprenante »[1599]. Il encourage le législateur à remédier à cette divergence : une harmonisation du droit électoral est préférable. En revanche, la Haute instance ne fait aucune allusion à la question de sa compétence pour statuer sur la requête[1600]. Elle s'estime compétente sans même se justifier. Elle a interprété extensivement ses attributions. Pourtant, aucun texte ne consacre la compétence du Conseil constitutionnel pour statuer sur les conditions d'éligibilité d'un candidat à l'élection présidentielle. Cette attribution est uniquement détenue au titre des élections législatives et sénatoriales : un parlementaire peut être déchu de son mandat si les conditions d'éligibilité et le régime des inéligibilités ne sont plus respectés. À cet égard, seul le Conseil constitutionnel est compétent pour prononcer sa déchéance[1601] et il rend à ce titre des décisions I ou D. Dans le cas précité, il étend cette compétence à l'élection présidentielle. L'office consultatif s'introduit dans les décisions du juge électoral, ce qui garantit le suivi de ces avis et suggestions.

Conclusion du chapitre

Les avis formulés par le conseiller ne devraient pas être contraignants. Dans l'exercice de sa fonction consultative, le Conseil constitutionnel n'est pas un juge. Il ne fait qu'émettre une prise de position ou une suggestion. L'office consultatif est distinct des offices juridictionnels sur ce point précisément. En effet, rappelons que le Conseil constitutionnel ne détient pas un *officium judicis* en tant que conseiller. En revanche, les décisions du juge bénéficient, quant à elles, d'une autorité de la chose jugée. Elles s'imposent « aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »[1602]. Le Conseil constitutionnel utilise donc sa fonction juridictionnelle pour imposer ses conseils. Ces derniers précèdent temporellement les décisions du juge. Ainsi, le juge, une fois saisi, a tendance à s'inspirer des conseils. Pourtant, les annonces du conseiller devraient être ignorées par le juge. Les décisions ne devraient pas prolonger l'œuvre du conseiller. C'est en tout cas ce qu'impose le respect rigoureux de chaque attribution. L'étanchéité des offices devrait ainsi être le mot d'ordre.

[1599] Extrait du considérant 5 de la décision n° 69-18 PDR du 17 mai 1969 : « pour surprenante qu'elle soit ».
[1600] L. Favoreu, L. Philip, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva et A. Roux *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 391.
[1601] L.O. 136 et L.O. 296 du code électoral.
[1602] Alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution.

Le juge parvient difficilement à se débarrasser des recommandations émises par le conseiller. Ce dernier influence donc le juge. Il s'agit d'une volonté patente du Conseil constitutionnel. Ajoutons que les observations du Conseil constitutionnel sont dépourvues de base légale, elles sont formulées de sa propre initiative. Inversement, les décisions du juge conseillent les pouvoirs publics. C'est en ce sens que le juge déborde aussi de ses attributions. Il formule plus qu'une décision juridictionnelle, il conseille, il recommande.

En conséquence, la fonction consultative exerce une emprise sur les offices juridictionnels à deux égards. D'une part, les conseils s'introduisent dans les décisions et d'autre part, les observations comprennent des prises de position dissimulées du juge, futures ou passées. L'office consultatif prolonge ainsi les offices juridictionnels. Comme la plupart des recommandations formulées par le conseiller concernent la matière électorale, la présence du juge électoral n'est pas étonnante. En revanche, celle du juge de la constitutionnalité l'est davantage. La Constitution a habilité le Conseil constitutionnel à exercer des contrôles de constitutionnalité uniquement dans son office de juge de la constitutionnalité. Or, dans ses conseils, des alertes ou des menaces d'inconstitutionnalité sont perceptibles. Pourtant, le conseiller n'est pas compétent pour émettre des avis de constitutionnalité. Sur ce point, la porosité est remarquable car c'est précisément ce qu'effectue le conseiller : des contrôles de constitutionnalité.

Chapitre 2 : Un examen de constitutionnalité consultatif

Bien que « la saisine du Conseil constitutionnel obéi[sse] avant tout à des considérations de stratégie politique et non pas à la volonté de faire respecter la Constitution »[1603], il en va différemment lorsqu'il est saisi pour exercer des fonctions consultatives.

Malgré leur pluralité de compétences, le cœur des attributions des cours étrangères réside dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois et des traités. À ce titre, comme le Conseil constitutionnel français, ces cours rendent des décisions[1604], des arrêts[1605] ou encore des ordonnances[1606] dotés d'une force juridique obligatoire. *A contrario,* si une loi, jugée non conforme à la Constitution, restait dans l'ordonnancement juridique, alors « ceci équivau[drait] à peu près, du point de vue proprement juridique, à un vœu sans force obligatoire »[1607]. Un vœu, un souhait, c'est précisément ce qu'expriment les Cours lorsqu'elles sont investies d'une compétence consultative. En effet, la force juridique d'un « avis » est difficile à appréhender.

Certaines juridictions constitutionnelles saisies pour contrôler la constitutionnalité d'un texte *a priori* rendent des « avis » mais l'autorité conférée à ceux-ci est identique à celle des décisions juridictionnelles[1608]. C'est le cas par exemple du Conseil constitutionnel algérien. La Constitution prévoit que ce dernier se prononce sur la constitutionnalité des lois et traités en rendant un avis[1609]. Celui-ci est « définitif » et « s'impose à l'ensemble des pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles »[1610]. Le Conseil constitutionnel algérien n'exerce donc pas de fonction consultative : le terme « avis » est en réalité une dénomination pour qualifier la décision rendue.

[1603] B. François, « La droit saisi par la politique » *in* J. Lagroye (dir.), *La politisation*, Belin, 2003, p. 375.
[1604] Le tribunal constitutionnel espagnol rend des décisions sous la forme d'arrêts, d'ordonnances, de décisions et de déclarations, conformément à l'article 86 de la loi organique 2/1979 du 3 octobre 1979. Voir sur ce point : F. Pérez de Los Cobos Orihuel, « Le Tribunal constitutionnel espagnol », *NCCC*, n°49, 2015, p. 314.
[1605] C'est le cas de la Cour constitutionnelle Belge en vertu de l'article 1er de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage publiée au Moniteur belge du 7 janvier 1989.
[1606] L'article 18 de la loi n° 87 du 11 mars 1953 publiée à la *Gazetta Ufficiale* n°62 du 14 mars 1953 : « la Cour décide de manière définitive avec un arrêt. Toutes les autres décisions relevant de sa compétence sont adoptées par ordonnance ».
[1607] H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 250.
[1608] O. Le Bot « Contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* en Europe », *NCCC*, n° 40, 2013, p. 268.
[1609] Par exemple, l'article 186 de la loi n°16-01 du 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle publié le 7 mars 2016 au *Journal officiel de la République d'Algérie* : « Outre les autres attributions qui lui sont expressément conférées par d'autres dispositions de la Constitution, le Conseil constitutionnel se prononce par un avis sur la constitutionnalité des traités, des lois et des règlements ».
[1610] Article 191 de la Constitution algérienne.

Un avis s'assimile ici à une appréciation[1611], une opinion sur une question juridique. « L'opinion est bien inhérente au droit. Mais si elle est indispensable à la prescription juridique, elle ne se confond pas, pour autant, avec celle-ci. (…) [D]ans notre système juridique où l'on distingue nettement sources formelles et sources réelles du droit : les premières seules obligent (…) ; les secondes se contentent d'inspirer, d'influencer, de suggérer »[1612]. À ce titre, il s'agit de s'intéresser aux cas dans lesquels les juridictions sont habilitées à émettre des avis.

Les juridictions constitutionnelles ne sont pas les seules à détenir une fonction consultative, certaines juridictions internationales rendent également des avis. La Cour internationale de justice est par exemple dotée d'une mission consultative[1613], comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme[1614] ou même encore la Cour européenne des droits de l'Homme[1615]. De son côté, le *Human Rights Act* britannique de 1998 prévoit qu'une cour ou un tribunal statuant sur une question touchant à un droit protégé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après CEDH) doit notamment tenir compte des avis consultatifs de la Cour européenne des droits de l'Homme[1616].

Dans le même contexte, la France a également ratifié[1617] le protocole n°16 de la CEDH[1618]. Conformément à l'article 1 dudit protocole : « les plus Hautes juridictions d'une Haute partie contractante (…) peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». Le Conseil constitutionnel a donc été désigné pour saisir la Cour européenne pour avis. Même si ce n'est que « pour une part de son rôle juridictionnel, à

[1611] A. Le Divellec et M. de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 11ème édition, Dalloz, 2017, p. 21.
[1612] T. Revet, « Rapport introductif » *in L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 3.
[1613] Article 96, alinéa 1 de la Charte des Nations Unies : « L'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique ».
[1614] Article 64 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme : « 1. Les États membres de l'Organisation pourront consulter la Cour à propos de l'interprétation de la présente Convention ou de tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les États américains. De même les organes énumérés au Chapitre X de la Charte de l'Organisation des États Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, pourront consulter la Cour au sujet de questions relevant de leur compétence particulière.
2. Sur la demande de tout État membre de l'Organisation, la Cour pourra émettre un avis sur la compatibilité de l'une quelconque des lois dudit État avec les instruments internationaux précités ».
[1615] Article 1er, alinéa 1 du Protocole n°2 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, attribuant à la Cour européenne des Droits de l'Homme la compétence de donner des avis consultatifs (Strasbourg, 6 mai 1963): « La Cour peut, à la demande du Comité des Ministres, donner des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses Protocoles ».
[1616] Section 2 : « (1) A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any (a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights ».
[1617] Loi n° 2018-237 du 3 avril 2018 autorisant la ratification du protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, publiée au *Journal officiel* n°0078 du 4 avril 2018.
[1618] Signé à Strasbourg le 2 octobre 2013.

savoir le contentieux des élections législatives et sénatoriales »[1619], il opère un contrôle de conventionnalité de la loi. Le Conseil constitutionnel sera donc amené à saisir la Cour pour avis[1620]. Néanmoins, les cours relevant d'un droit supranational n'entrent pas dans le champ de l'étude : seules sont abordées ici les cours nationales en charge d'un contrôle de constitutionnalité afin de garantir le respect du texte suprême.

La consultation dont il est question n'inclut pas non plus les renvois préjudiciels ou les avis contentieux[1621]. Cette procédure, permettant à un juge de demander à une juridiction son interprétation du droit en vigueur dans le cadre d'un litige est exclusivement réservée aux juridictions. L'exemple le plus célèbre concerne le droit de l'Union européenne, lorsque la Cour de justice de l'Union européenne est interrogée par une juridiction d'un État membre sur l'application du droit communautaire[1622].

Malgré sa singularité, le Conseil constitutionnel n'est pas le seul à exercer des attributions consultatives. Sans prétendre à l'exhaustivité, c'est le cas du Conseil constitutionnel

[1619] Communiqué disponible à l'adresse :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/actualites/2017/protocole-n-16-a-la-convention-europeenne-de-sauvegarde-des-droits-de-l-homme-et-des-libertes-fondamentales.150445.html.

[1620] Récemment, à l'occasion d'une QPC, des requérants ont demandé au Conseil constitutionnel de saisir la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement dudit protocole. La Haute instance a refusé en estimant qu'aucun motif ne le justifiait (décision n° 2019-772 QPC du 5 avril 2019, M. Sing Kwon C. et autre [Visite des locaux à usage d'habitation par des agents municipaux], *Journal officiel* n°0082 du 6 avril 2019, texte n° 90.

[1621] Rendus par le Conseil d'État, ces avis sont consacrés par l'article L. 113-1 du Code de justice administrative : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai ».

[1622] Article 19, paragraphe 3, sous b, du traité sur l'Union européenne : « la Cour de justice de l'Union européenne statue conformément aux traités: (…) b. à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité d'actes adoptés par les institutions ; » et article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel: a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.
Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.
Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.
Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

cambodgien[1623], sénégalais[1624], de la Cour constitutionnelle du Bénin[1625], de la Moldavie[1626] ou encore de la Cour suprême indienne[1627]. Les juridictions constitutionnelles sont interrogées, le plus souvent, pour répondre à des questions intéressant le droit constitutionnel. Si ce sont ces cours qui sont compétentes et non les juridictions ordinaires c'est parce qu'en réalité « la constitutionnalisation du pouvoir implique que soient prises en charge un certain nombre de questions certainement juridiques mais qui touchent, directement, à l'architectonique même du pouvoir »[1628].

Ainsi, les Cours rendent des avis car elles sont consultées par d'autres autorités afin de connaître l'interprétation du texte constitutionnel (Section 1). Cette consultation, en vertu d'une règle non écrite, se révèle le plus souvent contraignante (Section 2).

Section 1 : Des juges de la constitutionnalité consultés

Les juridictions constitutionnelles sont parfois interrogées sur des questions réclamant une interprétation constitutionnelle. Les institutions étatiques peuvent rechercher une sorte de légitimation à travers l'avis de la juridiction constitutionnelle puisque « le droit tend à stabiliser les décisions politiques »[1629]. Néanmoins, les Cours refusent souvent d'y répondre en estimant

[1623] En vertu de la Constitution Cambodgienne de 1993, l'article 143 new (former Article 124): « The King consults the Constitutional Council on any proposal aiming at amending the Constitution » est notamment un exemple.
[1624] Article 46 de la Constitution sénégalaise de 2001 :« Le Président de la République peut, sur la proposition du Premier ministre et après avoir consulté le Président de l'Assemblée nationale et recueilli l'avis du Conseil constitutionnel, soumettre tout projet de loi au référendum ».
[1625] Les articles 100 et 102 alinéa 2 consacrent notamment la nécessité de recueillir un avis de la Cour constitutionnelle du Bénin. Article 100 : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Constitution peuvent être modifiés par décret pris après avis de la Cour constitutionnelle ». Article 102 alinéa 2 : « Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres, après avis de la Cour constitutionnelle ».
[1626] Article 141, alinéa 2 de la Constitution de la Moldavie de 1994 : « Les projets des lois constitutionnelles ne seront présentés au Parlement qu'avec l'avis de la Cour constitutionnelle, adopté par le vote d'au moins 4 juges. »
[1627] Article 143 (1) de la Constitution indienne de 1950 : « If at any time it appears to the President that a question of law or fact has arisen, or is likely to arise, which is of such a nature and of such public importance that it is expedient to obtain the opinion of the Supreme Court upon it, he may refer the question to that Court for consideration and the Court may, after such hearing as it thinks fit, report to the President its opinion thereon ».
[1628] O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, disponible à l'adresse : http://juspoliticum.com/article/Modeles-et-representations-de-la-justice-constitutionnelle-en-France-un-bilan-critique-72.html.
[1629] C. Gusy, « Considérations sur le droit politique », *Jus Politicum*, n° 1, 2008, disponible à l'adresse : http://juspoliticum.com/article/Considerations-sur-le-droit-politique-26.html.

qu'il est préférable qu'elle soit saisie comme juridiction. Elles s'abstiennent de rendre un avis (§1).

Cette légitimation est également l'objectif recherché lorsque, pour éviter une paralysie institutionnelle, les plus hautes autorités étatiques préfèrent consulter les juridictions constitutionnelles afin qu'elles effectuent un contrôle de constitutionnalité (§2).

§1 : Le refus de rendre des avis d'interprétation

Des Cours étrangères estiment qu'exercer une fonction consultative revient à piétiner et outrepasser leur pouvoir juridictionnel : c'est le cas de la Cour suprême américaine (A). *A contrario*, d'autres cours, notamment le Conseil constitutionnel, investies d'une compétence de consultation, s'abstiennent d'émettre des avis circonstanciés. Elles estiment ne pas être compétentes pour être consultées sur un conflit d'interprétation de la Constitution (B).

A. Le refus persistant de la Cour suprême américaine

Certaines cours constitutionnelles ou suprêmes refusent d'exercer une fonction consultative. Ainsi, la Cour suprême du Royaume-Uni[1630] ou encore la Cour suprême américaine « placée par la Constitution au sommet de la hiérarchie du pouvoir judiciaire des États-Unis »[1631]. Alors que la Constitution est silencieuse sur les prérogatives de la Cour suprême américaine[1632], les conseils, appelés les *advisory opinions*, sont prohibés.

La jurisprudence de la Cour est constante sur ce point puisque, dès 1792, elle refuse de formuler des avis[1633]. Elle n'est pas le conseiller juridique du Gouvernement[1634]. En 1793, le secrétaire d'État, Thomas Jefferson et son cabinet, réitèrent leur demande par une lettre adressée à la Cour suprême dans laquelle il lui est demandé de répondre à une série de questions[1635]. Le

[1630] O. Deparis, « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *NCCC*, n° 32, 2011, p. 223 à 231.
[1631] E. Zoller, « Présentation de la Cour suprême des États-Unis », *CCC*, n°5, 1998, p. 34.
[1632] J.-E. Branaa, *La Constitution américaine et les institutions*, 2ème édition, Ellipses, 2006, p. 91.
[1633] U.S. Supreme Court, Hayburn's Case, 2 U.S. 2 Dall. 409 409 (1792).
[1634] A. Tunc et S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, Tome 1, Montchrestien, 1954, p. 98.
[1635] Pour des extraits de la lettre datée du 18 juillet 1793 et de la réponse du 3 aout 1793 de John Jay *in* R. H. Fallon, J. F. Manning, D. J. Meltzer, D. L. Shapiro, *Hart and Wechsler's The federal courts and the federal system*, 6ème édition, New York, Foundation Press, 2009, pp. 50-51.

Président de la Cour, John Jay, soutient qu'au nom du principe de séparation des pouvoirs, la Cour suprême ne peut répondre aux questions du pouvoir exécutif[1636]. Il se fonde sur l'article II, Section 2, alinéa 1 de la Constitution de 1787 qui prévoit que le Président « pourra exiger l'opinion, par écrit, du principal fonctionnaire de chacun des départements exécutifs sur tout sujet relatif aux devoirs de sa charge ». Étant donné que la consultation des juges de la Cour suprême n'a pas été consacrée au sein de cet article, les juges ont considéré que les constituants avaient volontairement exclu toute fonction consultative de la Cour suprême.

Aux États-Unis, il s'agit d'une interdiction[1637]. La position de la Cour suprême est réitérée en 1911 lorsqu'elle précise que la Constitution ne lui a pas conféré de tels pouvoirs[1638] : elle ne détient que des fonctions proprement juridictionnelles. L'exigence du différend consacrée par l'article III, section 2, 1er alinéa, « est la condition du droit au juge constitutionnel »[1639]. Les avis consultatifs étant dénués de justiciabilité, la Cour suprême s'abstient de donner une réponse[1640]. Elle « [s']interdit de statuer sur [l]es questions [constitutionnelles] à moins qu'elles ne puissent être évitées »[1641], il s'agit d'une « règle fondamentale de retenue judiciaire »[1642]. Les questions hypothétiques ou abstraites sont également assimilées à des avis consultatifs. C'est pour cette raison que la Cour n'y répond pas car ce serait empiéter sur la fonction législative[1643]. Les avis consultatifs, les questions hypothétiques, abstraites ou constitutionnelles sont proches des questions considérées comme étant « politiques »[1644]. La Cour ne doit trancher que des cas individuels, elle ne résout pas de conflit politique, elle refuse systématiquement de s'immiscer dans ce type d'affaires[1645]. Ces questions sont relatives aux actes de l'exécutif pris par le Président dans l'exercice de son pouvoir. Ces actes sont dénués de contrôle car « les matières qu'ils traitent sont de nature politique. Elles concernent la nation ; non les droits individuels ; et dès lors qu'ils sont confiés

[1636] Les questions étaient au nombre de 39.
[1637] *« The prohibition against advisory opinions has been termed "the oldest and most consistent thread in the federal law of justiciability" » in* C. A. Wright et M. K. Kane, *Law of federal courts*, 7ème edition, West, 2011, p. 65.
[1638] Muskrat v. United States, 219 U.S. 346 (1911).
[1639] E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, p. 24.
[1640] United States v. Fruehauf, 365 U.S. 146 (1961), P. 365 U. S. 157.
[1641] Spector Motor Co. v. McLaughlin, 323 U.S. 101 (1944), P. 323 U. S. 105.
[1642] Affiliated Tribes v. Wold Engineering, 467 U.S. 138 (1984), P. 467 U. S. 140.
[1643] E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, op.cit.*, p. 394.
[1644] La Cour suprême dans ses arrêts, évoque même la notion de « doctrine des questions politique » : *cf.* Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) P. 369 U. S. 210, voir aussi : E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Puf, 2000, p. 624.
[1645] D. Chagnollaud de Sabouret, *Droit constitutionnel contemporain – Théorie générale – Les régimes étrangers – Histoire*, 9ème édition, Dalloz, 2017, p. 374.

au pouvoir exécutif, la décision de l'exécutif s'impose »[1646]. Toutefois, « le simple fait que le recours ait pour objet la garantie d'un droit à caractère politique ne signifie pas [pour autant] qu'il touche à une question politique »[1647]. Croire le contraire n'est « [qu']un jeu de mots »[1648].

La position de la Cour suprême américaine est limpide : elle ne rend pas d'avis et ne répond pas aux questions constitutionnelles eu égard à leur caractère politisé. La Cour suprême américaine est connue en effet pour son attachement à la séparation originelle des pouvoirs telle que les constituants l'avaient conçue[1649].

Paradoxalement, certains États américains confèrent une fonction consultative à leur Cour suprême[1650] en vertu de leur Constitution ou de leur loi. C'est le cas par exemple des Constitutions du Colorado[1651], du Massachusetts[1652] ou encore du New Hampshire[1653] et des codes des États de l'Alabama[1654] et du Delaware[1655]. Les autorités de ces États peuvent se sentir politiquement contraints de suivre les avis de leurs juges, mais ce n'est évidemment pas le cas des autorités fédérales.

Il arrive cependant que des cours étrangères, pourtant investies d'une fonction consultative, refusent de répondre à certaines questions constitutionnelles car elles estiment que seul un juge peut trancher un conflit. Dans ce cas, l'étanchéité des offices est affirmée.

B. Le refus circonstancié : l'étanchéité des offices proclamée

Une juridiction constitutionnelle, bien que dotée d'une compétence consultative, peut refuser de rendre un avis au prétexte que seule sa qualité juridictionnelle permet de trancher un

[1646] Marbury v. Madison, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803), p. 5 U. S. 166.
[1647] Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962), P. 369 U. S. 209.
[1648] Nixon v. Herndon, 273 U.S. 536 (1927), P. 273 U. S. 540.
[1649] Voir sur ce point l'arrêt Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) et l'arrêt INS v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).
[1650] Sur l'histoire des avis consultatifs des différentes cours des états américains, *cf* A. R. Ellingwood, *Departmental cooperation in the state government*, New York, The Macmillan Company, 1918, p. 30.
[1651] Constitution du Colorado, Article VI, Section 3.
[1652] Article 2 du chapitre 3 de la partie 2 de la Constitution du Massachusetts : l'avis des juges de la Cour suprême de justice est requis sur des questions importantes.
[1653] Article 74 de la Constitution du New Hampshire.
[1654] Le Code de l'Alabama de 1975 en son Titre 12, Chapitre 2, Article 1, paragraphe 10.
[1655] Titre 10, §141 du Code du Delaware, intitulé : "Advisory opinions of Justices upon request of Governor and General Assembly". Ce paragraphe prévoit que le Gouverneur de cet État ou la majorité des membres élus à chaque Chambre peut saisir la Cour pour qu'elle précise quelle est l'interprétation de la Constitution de l'État ou des États-Unis, elle peut également se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi ou d'un projet.

conflit. C'est le cas du Conseil constitutionnel français (1) ou, dans certaines circonstances, celui de la Cour suprême canadienne (2).

1. La délimitation des attributions consultatives par le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel ne détient pas beaucoup d'attributions consultatives. « Juridiquement, en effet, le Conseil constitutionnel n'est pas un organe possédant une compétence définie par une clause générale telle que celle qui le chargerait de trancher les difficultés relatives à l'application de la Constitution »[1656]. Lui-même prétend d'ailleurs ne pas pouvoir formuler des avis de constitutionnalité[1657] et n'interprète des dispositions législatives[1658] que pour apprécier leur conformité à la Constitution[1659].

La Constitution ne prévoit qu'une seule consultation du Conseil constitutionnel consacrée à l'article 16[1660]. Les autres sont relatives à la matière électorale[1661] et son avis est requis uniquement pour les projets de décrets en vue de l'organisation de l'élection présidentielle et des référendums. Pourtant, en 1961, il a été consulté aux fins d'interprétation de la Constitution.

Le Président de l'Assemblée nationale de l'époque, Jacques Chaban-Delmas, a consulté la Haute instance le 14 septembre 1961. Le Conseil devait se prononcer sur une demande d'avis

---

[1656] G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel n'est pas compétent », *Le Monde*, 14 septembre 1961, disponible à l'adresse :
http://www.lemonde.fr/archives/article/1961/09/14/le-conseil-constitutionnel-n-est-pas-competent_2276291_1819218.html#zgrkKAmOPcIYTrIJ.99.

[1657] Considérant 11 de la décision n° 80-113 L du 14 mai 1980, Nature juridique des diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale, *Journal officiel* du 17 mai 1980, p. 1231 : « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'apprécier la conformité à la Constitution d'une loi qui a été promulguée ; que dès lors il n'est pas compétent pour se prononcer, serait-ce sous la forme d'un avis, sur la demande dont il est saisi ».

[1658] Décision n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *Journal officiel* du 26 juillet 1991, p. 9920.

[1659] Considérant 33 de la décision n° 91-298 DC du 24 juillet 1991 : « Considérant qu'en vertu du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi soumise à son examen ; qu'il ne lui appartient de procéder à l'interprétation du texte qui lui est déféré que dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ; qu'en conséquence, il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel de donner suite à la demande en interprétation dont il a été saisi ».

[1660] Lorsque le Président de la République souhaite recourir aux pleins pouvoirs, il doit notamment consulter le Conseil constitutionnel.

[1661] Pour l'élection présidentielle, il s'agit de la loi n° n°62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publiée au Journal officiel du 7 novembre 1962 p. 10762, article 3 : « III. - Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations et examine les réclamations dans les mêmes conditions que celles fixées pour les opérations de référendum par les articles 46, 48, 49, 50 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ».
Pour la consultation nationale, c'est l'article 46 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, publiée au *Journal officiel* du 9 novembre 1958, p. 10129.

relative au vote d'une motion de censure en période d'utilisation des pleins pouvoirs présidentiels de l'article 16 de la Constitution. Le Président de la chambre basse avait en effet été saisi, lors de la séance du 12 septembre 1961, d'une motion de censure. Compte tenu des circonstances, Jacques Chaban-Delmas décide de suspendre la séance pour consulter le bureau de l'Assemblée nationale. Eu égard au partage des voix[1662], il argue de la nécessité d'un « avis constitutionnel »[1663], donc d'une saisine du Conseil constitutionnel. Ainsi, c'est précisément en sa qualité de juge de la constitutionnalité que Jacques Chaban-Delmas a sollicité l'avis du Conseil.

Dans la lettre de saisine du Conseil constitutionnel, le Président de l'Assemblée nationale précise que le règlement de l'Assemblée nationale a été « élaboré dans l'hypothèse du fonctionnement normal des institutions »[1664]. Or, il s'agissait de savoir si l'article 49, alinéa 2 de la Constitution, selon lequel « l'Assemblée nationale met en cause la responsabilité du Gouvernement par le vote d'une motion de censure », pouvait s'appliquer en période de circonstances exceptionnelles. Cette saisine est jugée politiquement importante par le Président du Conseil constitutionnel de l'époque, Léon Noël[1665]. Selon les membres du Conseil, le Président de l'Assemblée nationale serait susceptible de profiter de l'avis du Conseil constitutionnel pour éviter de se prononcer lui-même sur la position à adopter. En d'autres termes, il s'estimerait lié par la position du Conseil, ce qui serait en quelque sorte un moyen de « s'abriter »[1666].

La Haute instance répond[1667], avec prudence, qu'elle n'est pas compétente pour ce type de consultation. Sa fonction de conseiller est étroitement circonscrite : seuls le Président, en application de l'article 16 de la Constitution, et le Gouvernement, conformément aux lois organiques relatives aux scrutins nationaux, peuvent le saisir pour qu'elle émette un avis. En tant que juridiction, en revanche, le Président de la chambre basse ne peut la saisir que dans des cas limitativement énumérées, comme juge de la constitutionnalité sur le fondement des

[1662] Certains députés du bureau estimaient la motion de censure recevable alors que d'autres non.
[1663] AN, Séance du 12 septembre 1961, débats parlementaires, *Journal officiel* du 13 septembre 1961, p. 2249.
[1664] Lettre du Président de l'Assemblée nationale datée du 13 septembre 1961.
[1665] Compte rendu des délibérations de la séance du 14 septembre 1961, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1961-09-14.pdf.
[1666] Propos de Georges Pompidou, Compte rendu des délibérations de la séance du 14 septembre 1961, p. 8, disponible à l'adresse :
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1961-09-14.pdf.
[1667] Décision n° 61-1 AUTR du 14 septembre 1961, Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale (Recevabilité de la motion de censure), publiée au *Journal officiel*, n° 220 des 18 et 19 septembre 1961, p. 8631.

articles 54 et 61, alinéa 2, et comme juge de la répartition des compétences normatives en vertu de l'article 41 de la Constitution.

Toutefois, son incompétence, bien que conforme aux textes, est regrettable au moins à un titre. Le Conseil constitutionnel est l'interprète authentique de la Constitution et il est donc l'unique organe juridictionnel[1668] susceptible de préciser si les articles 49, alinéa 2 et 16 de la Constitution peuvent s'appliquer simultanément.

D'aucuns[1669] défendent l'idée selon laquelle il devrait exercer une compétence générale consultative dans l'interprétation des textes constitutionnels afin d'éviter certaines situations inextricables. L'exemple de la décision du Conseil constitutionnel annulant en 1979 la totalité de la loi de finances pour 1980[1670] est emblématique. Même si ceci « risquerait fort de conduire à une politisation des décisions du Conseil »[1671], il a manqué une occasion de s'ériger en « instance constitutionnelle appelée (…) à intervenir sur la demande de l'un des grands pouvoirs publics, l'instance constitutionnelle ayant alors en quelque sorte une plénitude de juridiction dans le contentieux constitutionnel et politique (…) [ou] une instance toujours juridiquement habile à donner, sur demande, un avis »[1672]. Toutefois, un des membres du Conseil constitutionnel, M. Gilbert-Jules, était favorable, lors de la séance du 14 septembre 1961, à ce qu'exceptionnellement la Haute instance puisse être saisie à titre consultatif afin de répondre à une question constitutionnelle[1673]. Mais Georges Pompidou et le Président de l'institution, Léon Noël, refusent d'ouvrir cette « brèche »[1674].

Néanmoins, le Conseil constitutionnel a su parfois s'affranchir des textes. Par exemple, il s'est reconnu compétent pour constater la vacance du Président de la République en 1969[1675], à la suite de la démission du Général de Gaulle et alors que la Constitution ne vise la compétence de la Haute instance que pour l'empêchement[1676]. De même, de nos jours, il émet des

[1668] Conformément à l'article 5 de la Constitution, le Président de la République est également considéré comme le gardien de la Constitution.
[1669] C'est le cas de F. Luchaire, « Saisir le Conseil avant plutôt qu'après », *Le Monde*, 23 août 1985.
[1670] Décision n° 79-110 DC du 24 décembre 1979, Loi de finances pour 1980, *Journal officiel* du 26 décembre 1979, p. 3259.
[1671] L. Favoreu, L. Philip, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva et A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 251.
[1672] L. Hamon, « Note sous décision n° 61-1 AUTR du 14 septembre 1961 », *D.*, 1963, p. 18.
[1673] Compte rendu de la séance du 14 septembre 1961, pp. 5 et 6, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1961-09-14.pdf.
[1674] *Ibid.*
[1675] Décision n° 69-12 PDR du 28 avril 1969, Déclaration du Conseil constitutionnel suite à la démission du Général de Gaulle, Président de la République, *Journal officiel* du 29 avril 1969, p. 4283.
[1676] L. Favoreu et L. Philip, « Déclaration de vacance. Vacance de la Présidence de la République. Rôle du Conseil constitutionnel » *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, p. 157.

observations électorales à l'issue des consultations nationales sans base légale ni constitutionnelle. Il aurait donc pu s'attribuer une compétence d'interprète de la Constitution en cas de conflit entre deux articles. Mais, en 1961, il n'était qu'à ses débuts et son avenir aurait été incertain si dès ses premières heures il s'était emparé d'une compétence qui n'était pas la sienne : « le Conseil n'est pas l'auteur de la Constitution mais ne peut que l'appliquer »[1677]. Georges Pompidou l'avait remarqué : « il est certain que le fonctionnement de tous les régimes politiques évolue ; le régime actuel évoluera sans doute ; mais il n'est pas nécessaire que nous laissions entendre dès aujourd'hui que nous approuverons ce changement… »[1678].

La prudence du Conseil constitutionnel lui évite de trancher le conflit constitutionnel. En effet, si son avis avait admis une application simultanée des articles 49, alinéa 2 et 16 de la Constitution, il aurait renié sa principale raison d'être : défendre l'exécutif. Initialement créée pour rationaliser le parlementarisme, son office privilégié devait être celui de la répartition des compétences normatives. *A contrario*, s'il avait refusé la mise en œuvre de la motion de censure en période de circonstances exceptionnelles, le Parlement aurait pu se sentir menacé : le Gouvernement bénéficierait d'un allié de taille.

Par conséquent, malgré les critiques et compte tenu des circonstances délicates, sa réserve empêche de rendre des avis interprétant le texte constitutionnel. Contrairement au Conseil constitutionnel qui a une compétence consultative d'attribution, la Cour suprême du Canada a une compétence générale. Pour autant, elle refuse, dans des cas précis, de répondre à certaines questions.

2. La prudence de la Cour suprême canadienne

La Cour suprême canadienne exerce « un important pouvoir à l'égard de l'ensemble des règles de droit : selon les cas, elles développent, les remplacent, les interprètent ou encore en déclarent l'inconstitutionnalité totale ou partielle »[1679].

[1677] Propos du Président du Conseil constitutionnel Léon Noël, Compte rendu de la séance du 14 septembre 1961, p. 2, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1961-09-14.pdf.

[1678] Compte rendu de la séance du 14 septembre 1961, p. 6, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1961-09-14.pdf.

[1679] D. Pinards, « De l'inhabilité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles », *in* P. Taillon, E. Brouillet et A. binette (dir.), *Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay : un regard québécois sur le droit constitutionnel*, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 329.

La Cour suprême du Canada rend des « avis consultatifs sur des questions juridiques »[1680], aussi appelés renvois, conformément à l'article 53 de la loi relative à la Cour suprême[1681]. Le Parlement s'est fondé sur l'article 101[1682] de la Loi constitutionnelle de 1867[1683] pour octroyer une telle compétence à la Cour[1684]. Elle est saisie, à ce titre, en tant que « juridiction spéciale »[1685]. Le Gouverneur en conseil, c'est-à-dire le Gouvernement, « peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant [à] l'interprétation des Lois constitutionnelles; [à] la constitutionnalité ou l'interprétation d'un texte législatif fédéral ou provincial ; [à] la compétence d'appel en matière d'enseignement dévolue au gouverneur en conseil par la Loi constitutionnelle de 1867 ou une autre loi; [aux] (…) pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passé, présent ou futur »[1686]. Il peut aussi transférer une question à la Cour relative à une autre matière que celles ci-dessus énumérées[1687]. « Les renvois se distinguent des autres appels dont est saisie la Cour en ce qu'ils ne découlent pas d'un différend entre deux parties opposées dans une affaire judiciaire »[1688]. Le rôle consultatif de la Cour suprême a été admis comme étant constitutionnellement valide[1689].

La Cour suprême canadienne a juridiquement l'obligation de répondre aux questions formulées par le Gouvernement conformément à l'article 53, paragraphe 4 de la loi relative à la Cour suprême qui précise distinctement qu'elle « est tenue d'étudier tout renvoi (…) et de répondre à chaque question qui lui est ainsi déférée ». Sa réponse est donnée par « un avis certifié et motivé (…) de la même manière que dans le cas d'un jugement rendu sur appel porté devant elle » en vertu de l'article 53, paragraphe 4 de la loi relative à la Cour suprême[1690]. Pourtant, dans la pratique, elle exerce librement son attribution consultative puisque, parfois, elle estime ne pas devoir répondre à certaines questions. Aussi, « même si un renvoi diffère de

[1680] Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, paragraphe 20.
[1681] L.R.C. (1985), ch. S-26.
[1682] « Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ».
[1683] Loi constitutionnelle de 1867 (R-U), 30 & 31 Vict, c 3.
[1684] Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.
[1685] Figurant à l'article 53 de la loi relative à la Cour suprême.
[1686] Article 53, paragraphe 1 de la loi relative à la Cour suprême.
[1687] Article 53, paragraphe 2 de la loi relative à la Cour suprême.
[1688] « Entretien avec la très honorable Beverley McLachlin, juge en chef du Canada », *CCC*, n°24, 2008, p. 61.
[1689] Arrêt Re References by Governor‑General in Council (1910), 43 R.C.S. 536, confirmé en appel par le Conseil privé, [1912] A.C. 571 (sub nom. Attorney‑General for Ontario c. Attorney‑General for Canada).
[1690] L.R.C. (1985), ch. S-26.

sa fonction juridictionnelle habituelle, la Cour ne doit pas, même dans le contexte d'un renvoi, examiner des questions auxquelles il serait inapproprié de répondre »[1691].

La Cour estime à ce titre qu'elle dispose « du pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser de répondre à une question posée dans un renvoi »[1692]. Parfois, les questions sont considérées comme hypothétiques[1693], imprécises[1694] ou théoriques[1695]. La Cour refuse également de répondre dans le cas où la question n'est pas « justiciable ». En effet, elle doit être suffisamment juridique et ne pas revêtir exclusivement des aspects politiques[1696]. Auquel cas, la Cour ne rend pas d'avis car celle-ci « doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de [la] forme démocratique de gouvernement »[1697].

Elle ne doit pas s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ni bouleverser les situations juridiques existantes. C'est ce qui ressort dans un renvoi de 2004 relatif au mariage homosexuel[1698]. L'une des questions posées était la suivante : « L'exigence, sur le plan civil, selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier (…) est-elle conforme à la Charte canadienne des droits et libertés ? ». En d'autres termes, la question qui lui était posée était celle de savoir si l'exigence d'être hétérosexuel pour contracter mariage était conforme à la Constitution. Il s'agissait donc d'effectuer un contrôle de constitutionnalité et l'avis aurait permis de déterminer la conformité ou non de cette disposition législative[1699].

À cette question, la Cour a préféré ne pas répondre car le Gouvernement, au niveau fédéral, avait l'intention de réformer le mariage entre personne de même sexe. D'ailleurs dans certaines provinces, des juridictions avaient estimé que la condition de sexe opposé n'existait plus. À ce titre, les justiciables ayant obtenu le droit de se marier doivent bénéficier d'une sécurité juridique et la réponse de la Cour aurait été susceptible de créer une instabilité.

La Cour s'abstient ainsi d'intervenir, malgré sa compétence consultative générale, pour ne pas contrarier sa fonction juridictionnelle.

[1691] Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, paragraphe 26.
[1692] Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 RCS 698, 2004 CSC 79.
[1693] Voir en ce sens le Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services, [1992] 2 R.C.S. 445 : « La Cour desservirait la nation si elle tentait de répondre dans l'abstrait à des questions soulevant des points aussi fondamentaux ».
[1694] Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, [1980] 1 R.C.S. 54.
[1695] Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 R.C.S. 793, p. 806.
[1696] Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, paragraphes 26 à 30.
[1697] Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, paragraphe 26.
[1698] Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 RCS 698, 2004 CSC 79, au paragraphe 62.
[1699] Cette disposition est prévue par la *common law* et, pour le Québec, à l'article 5 de la Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil (L.C. 2001, ch. 4).

Ainsi, les juridictions constitutionnelles se montrent prudentes dans leur office consultatif : l'objectif est de ne pas s'immiscer dans le débat politique et de ne pas rendre des avis de constitutionnalité. Cependant, le plus souvent, elles acceptent d'être consultées sur une question de conformité à la Constitution.

§2 : Le contrôle de constitutionalité exercé à l'occasion d'une consultation

Les juridictions constitutionnelles sont parfois consultées pour interpréter la Constitution. Dans ce cas, une inconstitutionnalité est empêchée, et par ricochet, la juridiction évite un blocage institutionnel.

Les juridictions constitutionnelles interprètent le texte constitutionnel. Ainsi, en bénéficiant d'un avis de constitutionnalité, l'action des requérants (les autorités étatiques le plus souvent) est légitimée. La Haute juridiction allemande et la Cour suprême canadienne offrent ainsi aux institutions une garantie d'agir conformément à la Constitution (A). De la même façon, pour éviter une paralysie des pouvoirs publics, les constituants de 1958 ont prévu l'article 16 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel français est consulté sur l'opportunité constitutionnelle d'appliquer les pleins pouvoirs présidentiels (B).

A. Un moyen d'éviter les inconstitutionnalités futures : les cas allemand et canadien

La Loi fondamentale allemande de 1949 en ses articles 94 et 95 régit l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle fédérale. Néanmoins, c'est la loi du 12 mars 1951[1700] sur la Cour constitutionnelle adoptée en application de l'article 94 de la Loi fondamentale[1701] qui consacre la compétence consultative de la Cour. Son article 97[1702], alinéa 1er disposait que : « Le Bundestag, le Bundesrat et le Gouvernement fédéral peuvent dans une demande conjointe requérir l'avis juridique de la Cour constitutionnelle fédérale sur une

[1700] Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale en date du 12 mars 1951 publiée au *Journal officiel* de la République fédérale d'Allemagne I, p. 243.
[1701] « la Cour constitutionnelle est une juridiction indépendante, autonome de tous les autres organes constitutionnels de la fédération ».
[1702] Cet article contenait trois alinéas qui sont les suivants :
« (1) Der Bundestag, der Bundesrat und die Bundesregierung können in einem gemeinsamen Antrag das Bundesverfassungsgericht um Erstattung eines Rechtsgutachtens über eine bestimmte verfassungsrechtliche Frage ersuchen.
(2) Dasselbe Recht steht dem Bundespräsidenten zu.
(3) Das Rechtsgutachten wird vom Plenum des Bundesverfassungsgerichts erstattet ».

question constitutionnelle spécifique ». L'alinéa 2 ajoutait que le Président fédéral jouissait de la même prérogative. Les autorités susceptibles de la consulter sont celles de l'État fédéral et ne sont qu'au nombre de quatre. L'avis requis est rendu en Assemblée plénière[1703].

La Cour a exercé cette compétence pendant cinq années seulement et n'a rendu que trois avis. À la lecture du texte, il ne s'agit que d'une consultation dénuée de force contraignante. Pourtant, elle a précisé l'interprétation de certains articles de la Constitution.

En Allemagne, « la jurisprudence n'est pas perçue comme une succession de précédents, mais comme le développement progressif de critères de contrôle »[1704]. Ainsi, la Cour se réfère à ses décisions antérieures pour expliquer « les critères de contrôle qu'elle va appliquer ». Or, ses renvois ne font pas uniquement référence à des arrêts mais également à des avis formulés lorsqu'elle détenait une fonction consultative. C'est le cas de son premier avis rendu le 22 novembre 1951[1705] sur saisine du Président fédéral. Ce dernier demandait si la loi fiscale adoptée par la chambre basse le 12 juillet 1951 devait être soumise au Bundesrat avant sa promulgation. La Cour estime que l'approbation du Bundesrat est indispensable[1706]. Il s'agissait en l'espèce d'une loi prise en application de l'article 108, paragraphe 2 de la Loi fondamentale, relative à l'organisation de l'administration fiscale. L'accord du Bundesrat pour adopter une loi est impératif à chaque fois que la Constitution allemande le précise expressément[1707]. La Cour a donc privilégié une interprétation à la fois rigoureuse et restrictive. Rigoureuse car un texte serait contraire à la Constitution sans l'approbation du Bundesrat dès lors qu'un vote de cette chambre est exigé. Restrictive car les lois exigeant l'approbation de la chambre haute sont peu nombreuses.

L'interprétation stricte de la Cour évite d'allonger la procédure législative. D'autant que dans le cas où le Conseil fédéral désapprouve, il s'agit d'un veto insurmontable. Même si l'intervention du Bundesrat est limitée, qu'il « n'est pas une véritable seconde chambre » puisque le Bundestag « est le véritable législateur »[1708], le Bundesrat détient un pouvoir de

[1703] Alinéa 3 de l'article 97 de la loi du 12 mars 1951 relative à la Cour suprême.
[1704] T. Hochmann, « Motivation et justice constitutionnelle : le modèle allemand », *NCCC*, n°s55-56, 2017, p. 27.
[1705] BVerfGE 1, 22 novembre 1951, , p. 76.
[1706] « Das Gesetz zur Durchführung des Artikels 108 Absatz 2 des Grundgesetzes bedarf der Zustimmung des Bundesrates ».
[1707] Il s'agit de « lois d'approbation » : « Zustimmungsgesetze ».
[1708] M. Fromont, « La procédure législative en république fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 144.

blocage[1709]. De façon générale, les lois s'intéressent aux intérêts des Länder[1710], voire concernent les relations financières[1711] ou administratives entre l'État fédéral et les régions.

Ultérieurement, ce premier avis de la Cour a été cité dans plusieurs arrêts : en 1970[1712], en 1974[1713], en 2003[1714] et en 2005[1715]. Il est donc une référence en la matière même si d'autres précisions jurisprudentielles sont intervenues postérieurement. Par exemple, dans la décision de 1974, la Cour constitutionnelle rejette « l'argument du parallélisme des procédures ». En d'autres termes, une disposition législative modifiant une loi approuvée par le Bundesrat ne doit pas obligatoirement requérir à nouveau son aval. La loi qui se voit modifiée a été approuvée dans sa totalité, elle « forme une unité »[1716].

À chaque fois que l'avis de la Cour est cité, le raisonnement soulevé concerne le même motif, à savoir l'incompatibilité d'une loi au texte suprême car le Bundesrat n'aurait pas donné son approbation. Ses renvois systématiques à l'avis, dans ces cas précis, prouvent que la Cour constitutionnelle se remet à son interprétation de 1951. D'autant que, parfois, les juges l'invoquent dans leurs opinions dissidentes[1717]. Ainsi, le juge Rottmann estime en 1980[1718] que, conformément à l'avis de la Cour de 1951, l'approbation du Bundesrat n'était pas requise. La Cour constitutionnelle fédérale, dans son premier avis, empêche donc une inconstitutionnalité future, étant rappelé qu'en Allemagne, le contrôle de constitutionnalité est concret ou abstrait et s'opère même si la loi est promulguée[1719].

Dans d'autres circonstances, les juridictions constitutionnelles peuvent être consultées eu égard à l'organisation fédérale de l'État. En effet, « si l'État unitaire connaît un seul ordre juridique, la Fédération articule l'ordre juridique fédéral à plusieurs ordres juridiques fédérés »[1720]. La loi fondamentale allemande consacre ainsi un partage de compétences entre

[1709] J.-P. Derosier, « « Le bicamérisme : un défi et un enjeu démocratique », *LPA*, n°45, 2015, p. 7.
[1710] Site du Bundesrat : https://www.bundesrat.de/FR/homep./homep.-node.html.
[1711] Conformément à l'article 105 de la Loi fondamentale, « 3. Les lois fédérales relatives aux impôts dont tout ou partie du produit revient aux Länder ou aux communes (ou groupements de communes) requièrent l'approbation du Bundesrat ».
[1712] BVerfGE 28, 24 février 1970, p. 66.
[1713] BVerfGE 37, 25 juin 1974, p. 363.
[1714] BVerfGE 108, 7 octobre 2003, p. 370.
[1715] BVerfGE 114, 13 septembre 2005, p. 196.
[1716] O. Jouanjan, « L'élaboration de la loi en République fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs*, n°66, 1993, p. 93.
[1717] W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica, 2005, 361p.
[1718] À propos de la décision du 11 mars 1980 (BVerfGE 55, p. 274).
[1719] C. Witz, *Le droit allemand*, 3ème édition, Dalloz, 2018, p. 47.
[1720] J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel, Théorie générale – Histoire Régimes étrangers*, Tome 1, *op. cit.*, p. 41.

les Länder et la fédération[1721]. À ce titre, la Cour constitutionnelle fédérale a rendu un avis le 16 juin 1954[1722]. Il était question de savoir si le gouvernement fédéral était compétent pour légiférer dans un domaine intéressant le droit de l'urbanisme. Dans un avis détaillé, la Cour explique dans quels cas la fédération est compétente, ce qui permet de surmonter un risque d'inconstitutionnalité. Ainsi, la loi fondamentale est respectée.

Au Canada, la Cour suprême peut, elle aussi, être consultée pour se prononcer sur une question intéressant le partage des compétences entre les provinces et l'État fédéral[1723]. La Constitution canadienne, en son article 91 notamment, détermine ce qui relève des compétences de chacun[1724]. Ainsi, elle est régulièrement saisie par le Gouverneur en conseil afin de départager les compétences des autorités provinciales et des autorités fédérales. En 2004[1725], l'une des questions du renvoi relatif au mariage des couples de même sexe portait sur les attributions du Parlement du Canada : était-il le seul compétent pour une loi relative aux conditions du mariage civil ? La Cour suprême a répondu partiellement par l'affirmative : la détermination des personnes pouvant procéder à la célébration du mariage relève également de la compétence des provinces. Ainsi, ces dernières ont la possibilité d'édicter des règles dans ce domaine. La réponse donnée par la Cour évite d'empiéter sur un domaine qui ne ressortit pas aux provinces et donc de ne pas respecter le partage des compétences fixé par la Constitution. En d'autres termes, la Cour rend un avis d'interprétation du texte constitutionnel.

En consultant les Cours constitutionnelles, l'objectif est de se prémunir contre les paralysies institutionnelles : en tant qu'interprètes de la Constitution, elles peuvent empêcher une inconstitutionnalité future. En France, lorsque le Conseil constitutionnel est consulté sur le fondement de l'article 16 de la Constitution, la consultation est un moyen de se prémunir contre les éventuels abus présidentiels.

[1721] Article 30 de la Loi fondamentale : « L'exercice des pouvoirs étatiques et l'accomplissement des missions de l'État relèvent des Länder, à moins que la présente Loi fondamentale n'en dispose autrement ou n'autorise une règle différente. » ; Voir aussi article 70 de la Loi fondamentale : « (1) Les Länder ont le droit de légiférer dans les cas où la présente Loi fondamentale ne confère pas à la Fédération des pouvoirs de légiférer. (2) La délimitation des compétences de la Fédération et des Länder s'effectue selon les dispositions de la présente Loi fondamentale relatives aux compétences législatives exclusives et concurrentes ».

[1722] BVerfGE 3, 16 juin 1954, p. 407.

[1723] Conformément à la loi relative à la Cour suprême du Canada, Article 53, (1) : « Le gouverneur en conseil peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant : (…) d) les pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passé, présent ou futur ».

[1724] La défense nationale, les affaires étrangères ou le droit pénal relèvent par exemple du parlement canadien. En revanche, la fiscalité ou encore l'éducation relève des compétences des provinces.

[1725] Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 RCS 698, 2004 CSC 79, au par. 62.

B. L'opportunité d'une application de l'article 16 de la Constitution

Conçu comme étant « une machine à faire face aux périls, à répondre à l'état d'exception »[1726], les pouvoirs exceptionnels de l'article 16 de la Constitution ont fait l'objet de vives discussions pendant l'élaboration de la Constitution de la V[ème] République. D'ailleurs, « nul autre article ne fut plus débattu et attaqué »[1727]. Ces dispositions ont constitué effectivement l'un des trois articles[1728] ayant le plus retenu l'attention du Comité consultatif constitutionnel[1729].

Le Conseil constitutionnel est consulté par le Chef de l'État « lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu »[1730]. L'article 16 de la Constitution prévoit que le Président de la République doit également consulter, au même titre, le Premier ministre et les présidents des assemblées[1731]. À cette occasion, le Conseil constitutionnel doit se réunir immédiatement[1732], émettre un avis publié[1733] en évaluant si les conditions sont réunies[1734]. Assimilé à un « avis d'opportunité »[1735], il s'agirait d'un « moyen de contrôle assez efficace »[1736]. Celui-ci n'est pas conforme pour autant : la décision du Président est discrétionnaire. Néanmoins, le Président serait critiqué s'il ne suivait pas l'avis de la Haute instance : « la fonction consultative, du fait de son effet asymétrique, constitue plutôt une surveillance qu'une aide »[1737]. Cette « consultation préalable (…) peut même être un facteur d'accroissement de l'efficacité des mesures qui seront prises en application de la concentration des pouvoirs parce qu'elle augmente l'autorité de leur auteur »[1738].

[1726] D. Baranger, « Retour sur Dieudonné », *RFDA*, 2014, p. 525.
[1727] J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel, La V[ème] République*, Tome 2, *op. cit.*, p. 98.
[1728] Les deux autres sont les articles 34 et 45 de la Constitution.
[1729] F. Goguel, « L'élaboration des institutions de la République dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RFSP*, 1959, p. 83.
[1730] Alinéa 1[er] de l'article 16 de la Constitution.
[1731] Article 16, alinéa 1[er] de la Constitution de 1958.
[1732] Article 52 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.
[1733] Article 53 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.
[1734] *Ibid.*
[1735] J. Raynard, « Domaines et thèmes des avis » *in L'inflation des avis en droit*, *op. cit.*, p. 25.
[1736] J. Lamarque, « La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution », *RDP*, 1961, p. 613.
[1737] R. Arsac, « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », art. cité, p. 786.
[1738] G. Camus, *L'État de nécessité en démocratie*, LGDJ, 1965, p. 268.

La consultation du Conseil, en de telles circonstances, confère à la décision présidentielle une certaine légitimité. C'est une sorte de « garantie » pour en « atténuer la portée »[1739], de « constatation solennelle » « pour pouvoir faire attester (…) que [le Chef de l'État] n'a pas voulu faire de coup de force »[1740]. Et surtout, « [le Conseil constitutionnel] est qualifié parce qu'il est, avec le président de la République, le seul gardien de la Constitution. Cet article (…) doit être entendu en ce sens »[1741]. Protecteur du texte suprême, sa consultation est indispensable car il est l'organe permettant d'empêcher une usurpation injustifiée du pouvoir. Néanmoins, la Haute instance n'est pas la seule à être consultée : les Présidents des chambres le sont aussi. L'article 16 de la Constitution prévoit d'ailleurs que la consultation est officielle. Mais, en 1961, lors de la seule application des pleins pouvoirs présidentiels, leurs avis n'ont pas été publiés au Journal officiel[1742]. L'absence de publication des avis des autorités prouve que l'avis du Conseil, qui est motivé et publié, est d'une valeur, si ce n'est juridique, au moins solennelle, supérieure aux autres. Sa consultation est une garantie constitutionnelle pour se préserver contre les abus d'utilisation de l'article 16.

Les pouvoirs exceptionnels présidentiels n'ont fait l'objet que d'une seule application : du 23 avril au 29 septembre 1961. Il n'existe donc qu'une unique consultation publiée[1743]. Après en avoir « délibéré »[1744], le Conseil constitutionnel est d'avis que les conditions de l'article 16 sont réunies. Celui-ci énumère les circonstances empêchant le fonctionnement normal des pouvoirs publics : usurpation d'autorité, rébellion contre les pouvoirs publics, impossibilité de faire exécuter leurs mesures et une menace imminente de blocage institutionnel en cas d'invasion de la métropole[1745]. « La minutie des constatations illustre la volonté d'exercer un contrôle effectif sur les conditions d'application ».[1746] La dernière application des pouvoirs exceptionnels a duré environ six mois mais son prolongement était injustifié selon le Conseil

[1739] Propos de Marcel Waline lors de la Séance du 8 août 1958 du Comité consultatif constitutionnel, *Document pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 327.
[1740] Propos de Pierre-Henri Teitgen lors de la séance du 8 août 1958 du Comité consultatif constitutionnel, *Document pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 328.
[1741] Séance du 8 août 1958 du Comité consultatif constitutionnel, *Document pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 328.
[1742] M. Voysset, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, LGDJ, 1969, p. 51.
[1743] Décision n° 61-1 AR16 du 23 avril 1961, Avis du 23 avril 1961 (réunion des conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16), *Journal officiel* du 24 avril 1961, p. 3876.
[1744] Décision n° 61-1 AR16 du 23 avril 1961.
[1745] L. Favoreu et L. Philip, « Article 16. Application de l'article 16 de la Constitution. Fonctions consultatives du Conseil constitutionnel » *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, p. 128.
[1746] L. Hamon, « À propos de l'article 16, quelques questions juridiques », *AJDA*, 1961, p. 664.

constitutionnel. Il a en effet notifié au Chef de l'Etat à deux reprises que les conditions d'application de l'article 16 de la Constitution n'étaient plus réunies[1747].

L'une des « anomalies [en cas de mise en œuvre de l'article 16] est l'insuffisance des mécanismes de contrôle »[1748] selon le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République en 2007. Suivant ses préconisations, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008[1749] a inséré un nouvel alinéa : « après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les plus brefs délais par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée ». Désormais, les parlementaires peuvent ainsi solliciter le Conseil constitutionnel au bout de trente jours d'application des pouvoirs exceptionnels, sachant qu'au bout de soixante jours, la Haute instance « procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée »[1750].

L'expression de « plein droit » figure à deux reprises au sein de l'article 16 de la Constitution : aux alinéas 4 et 6. Néanmoins, dans le premier cas, la réunion du Parlement est visée. Le Parlement se réunit *proprio motu*[1751]. Le second concerne l'examen du Conseil constitutionnel. Alors que la Haute instance est systématiquement saisie, l'article 16 de la Constitution prévoit à titre exceptionnel un cas d'auto-saisine. Nul ne sait si l'avis est publié. Le cas échéant, il ne serait certainement pas conforme mais doté d'une portée non négligeable.

[1747] C'est au sein de l'avis confidentiel portant sur le projet de décision tendant à prolonger le délai d'application de la décision du 8 juin relative à la mise en congé spécial et à la radiation des cadres des fonctionnaires de police que le Conseil constitutionnel avoue que « les conditions exigées par l'article 16 de la Constitution ont cessé d'être réunies ».
Compte rendu des délibérations de la séance du 8 septembre 1961, p. 25, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1961-09-08.pdf.
Également le 8 septembre 1961, dans son avis confidentiel à propos de la prolongation du délai d'application de la décision du 8 juin relative à la mise en congé spécial et à la radiation des cadres des fonctionnaires de police, la Haute instance précise qu'aucun « obstacle ne s'oppos[e] plus au fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels ».

[1748] Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, *Une V^{ème} République plus démocratique*, La documentation française, 2007, p. 20, disponible à l'adresse : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697.pdf.

[1749] Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{e} République, *Journal officiel* n°0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

[1750] Alinéa 6 de l'article 16 de la Constitution.

[1751] D. Degboe, « Les réunions de plein droit du Parlement sous la V^{ème} République », *RFDC*, n°109, 2017, p. 73.

Cette nouvelle mouture de l'article 16 prouve une fois encore que le Conseil constitutionnel est consulté car il est l'organe pouvant protéger le texte constitutionnel, le seul légitime à faire cesser une application excessive des pleins pouvoirs. Il est, en d'autres termes, un rempart contre cet état d'exception. Il vérifie donc la nécessité constitutionnelle de son utilisation. Il confronte les événements au texte constitutionnel. Ainsi, il rend un avis de constitutionnalité pour déterminer si la Constitution a été respectée.

Les Cours constitutionnelles sont consultées afin de se prémunir contre une inconstitutionnalité future. Cette consultation octroie également une forme d'autorité aux décisions des autorités en se dissimulant derrière l'avis de la Cour ou du Conseil. Toutefois, la portée des avis reste une source importante de controverse.

Section 2 : La portée des avis

Malgré leur fonction consultative, les Cours restent des juridictions. Leur activité consultative ne leur fait pas perdre leur qualité de juge[1752]. C'est précisément leur caractère juridictionnel qui laisse planer le doute sur la portée des avis. D'autant que les textes conférant aux Cours constitutionnelles ou suprêmes une compétence consultative sont silencieux sur la portée juridique des avis. Les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux autorités administratives et juridictionnelles en vertu de l'article 62 de la Constitution. En Allemagne, les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale lient « les organes constitutionnels de la Fédération et des Länder, ainsi que tous les tribunaux et toutes les autorités administratives »[1753] et les arrêts rendus par la Cour suprême du Canada « sont définitifs et sans appel »[1754]. Les avis, quant à eux, sont dénués de force juridique (§1) mais, étant des avis de constitutionnalité, il est de coutume de les suivre (§2).

[1752] Michel Verpeaux admet que dans le cadre de sa fonction consultative, le Conseil constitutionnel est une institution et non une juridiction. « Les pouvoirs du Président de la République » *in* M. Verpeaux, P. de Montalivet, A. Roblot-Troizier et A. Vidal-Naquet, *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, 2ème édition, Puf, 2017, p. 176.

[1753] Article 31, alinéa 1 de la Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale dans la version résultant de la notification du 11 août 1993 (*Journal officiel fédéral*–BGBlI p. 1473), modifiée en dernier lieu par la loi du 18 juillet 2017 (BGBl I p. 2730).

[1754] Article 52 de la loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26.

§1 : Des avis dénués de force juridique

Aucune précision n'est donnée sur la portée des avis rendus par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 16 de la Constitution. Pourtant, au moment de l'élaboration de la Constitution, Paul Coste-Floret et Jean Gilbert-Jules[1755] avaient proposé que l'avis du Conseil soit conforme[1756]. Raymond Janot, au contraire, concédait que l'intervention du Conseil constitutionnel était certes indispensable mais que ses compétences juridiques étaient limitées. Selon lui, l'appréciation juridique « est impuissante pour porter un jugement de cette nature [en de telles circonstances] »[1757]. Finalement, Marcel Waline propose la rédaction suivante de l'article 14 : « Lorsque, de l'avis du Conseil constitutionnel le fonctionnement régulier des institutions de la République est interrompu, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate, le président de la République prend les mesures exigées par les circonstances après consultation officielle du premier ministre et des présidents des Assemblées »[1758]. Considéré comme étant l'amendement Waline, celui-ci a été soutenu par Paul Reynaud dans sa lettre au Général de Gaulle, eu égard à « la gravité de cette mesure »[1759].

Cet amendement avait été vivement contesté par le Gouvernement : l'avis conforme ne sera finalement pas retenu[1760]. Un obstacle dirimant a en effet empêché son adoption selon Michèle Voisset : si l'avis avait été conforme, il aurait provoqué un véritable transfert de compétences et « le pouvoir réel aurait appartenu en fait au Conseil constitutionnel (…). Par conséquent, on aurait pu avoir une véritable substitution d'autorité »[1761]. Néanmoins, à l'heure

[1755] Membres du Comité consultatif constitutionnel.
[1756] Paul Coste-Floret précisait : « je voudrais que le Président de la République ne puisse pas prendre ces pouvoirs et les prendre seul sans que le Conseil constitutionnel ait en effet constaté que l'indépendance de la nation, dans le cadre prévu à l'article 14, est en jeu ». L'article 14 deviendra l'article 16 de la Constitution. Séance du 31 juillet 1958 du Comité consultatif constitutionnel, *Document pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit*., pp. 80 et 109.
[1757] Séance du 31 juillet 1958 du Comité consultatif constitutionnel, *Document pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 98.
[1758] Propositions de modifications adoptées par le Comité consultatif constitutionnel publiées au *Journal officiel* du 20 août 1958, *Document pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 573.
[1759] Lettre du Président Paul Reynaud au Général de Gaulle, *Document pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 559.
[1760] Conseil interministériel du 19 août 1958, *Document pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume II, *op. cit.*, p. 642.
[1761] M. Voisset, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, p. 47.

actuelle encore, certains prônent une révision constitutionnelle en exigeant une procédure d'avis conforme pour éviter les abus dans l'utilisation des pleins pouvoirs[1762].

En Allemagne, il en est de même : les autorités consultantes ne sont pas liées par les avis de la Cour constitutionnelle fédérale. Cette dernière n'a d'ailleurs exercé sa fonction consultative que durant cinq années et seuls trois avis ont été rendus. Le deuxième, particulièrement médiatisé, prouve que les autorités de saisine ne sont pas obligées de se conformer à l'avis rendu.

La Cour constitutionnelle a été consultée en 1952 pour interpréter la Loi fondamentale. Par deux lettres des 10 juin et 4 août 1952, le Président fédéral de l'époque, Théodore Heuss, lui demandait son avis sur la constitutionnalité des traités franco-germaniques[1763]. La Cour précise dans l'article 2 du dispositif de sa décision du 8 décembre 1952[1764] que son avis aura pour effet de lier les deux chambres qui la composent. À cette époque, les formations de jugement se limitaient à deux[1765] : l'Assemblée plénière[1766] et les deux Chambres[1767]. Dans les motifs de l'avis de 1952, la Cour indique que la fonction consultative n'est pas compatible avec l'exercice de la fonction judiciaire. Elle prend exemple sur la Cour suprême américaine qui décline systématiquement les demandes d'interprétation juridique émanant de l'exécutif.

Néanmoins, la Cour constitutionnelle fédérale ne refuse pas pour autant d'émettre une expertise. Conformément à l'alinéa 3 de l'article 97 de la loi relative à la Cour constitutionnelle, la formation à l'origine de l'avis est l'Assemblée plénière. Cette formation suffit, selon la Cour de Karlsruhe, à conférer une autorité à ses avis. À ce titre, elle se réfère à l'article 16, alinéa 1er

[1762] S. Platon, «Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'État de droit ? », *RFDC*, n°5, 2008, p. 112.

[1763] Les conventions signées à Bonn le 26 mai 1952 entre les Trois puissances et la République fédérale d'Allemagne comportent : la Convention sur les relations entre les Trois Puissances et la République fédérale d'Allemagne, la Convention financière, la Convention sur le règlement des questions issues de la guerre et de l'occupation, ainsi que différents échanges de lettres entre les ministres des Affaires étrangères et le Chancelier, portant notamment sur les limitations en matière d'aviation et d'énergie atomique. Ces conventions amendées le 23 octobre 1954 lors de la Conférence de Paris, sont publiées au *Journal officiel* du 17 janvier 1960 et *Recueil des traités et accords de la France*, 1960, n°6.

[1764] BVerfGE 2, 8 décembre 1952, 1, p. 79.

[1765] Les Sections n'apparaissent qu'en 1956 et sont formées au sein des chambres.

[1766] Conformément au règlement intérieur de la Cour constitutionnelle fédérale, §2 de la partie A : « L'assemblée plénière est convoquée par le président de la Cour à chaque fois que cela s'avère nécessaire. Toutefois, elle est convoquée au moins une fois au printemps et une fois en automne ».

[1767] Conformément au site de la Cour constitutionnelle fédérale : « Das Bundesverfassungsgericht ist Gericht und Verfassungsorgan zugleich. Es besteht aus zwei Senaten, denen jeweils acht Richterinnen und Richter angehören » (« La Cour constitutionnelle fédérale est un tribunal et un organe constitutionnel en même temps. Il se compose de deux sénats [ou chambres], chacun composé de huit juges »), disponible à l'adresse : http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Gericht-und-Verfassungsorgan/gericht-und-verfassungsorgan_node.html.

de la loi relative à la Cour constitutionnelle. Celui-ci prévoit que seule l'Assemblée plénière de la Cour constitutionnelle fédérale peut s'écarter d'une jurisprudence établie par cette même formation plénière[1768]. La réunion de toutes les chambres est donc indispensable pour revenir sur une position jurisprudentielle résultant de l'Assemblée plénière. En d'autres termes, l'avis s'imposerait car toute la Cour se réunit à l'occasion de la consultation. Dans les autres avis de la Cour, aucune mention n'est faite à l'égard des deux chambres.

Le doute sur l'autorité a été levé : ces consultations ne sont dotées d'aucune portée contraignante pour les autorités consultantes, sinon la Cour l'aurait mentionné expressément. Seules les deux chambres de la Cour constitutionnelle sont contraintes de le suivre : les avis s'imposent uniquement à la Cour. Cette précision est d'autant plus décisive que, dans le même temps, une affaire était pendante devant une chambre. Par lettre du 31 janvier 1952, 144 députés du Bundestag avaient saisi la Cour constitutionnelle, dans ses fonctions contentieuses, en vertu de l'article 93, paragraphe 1, n°2[1769], afin qu'elle déclare l'inconstitutionnalité d'un projet de loi relatif à la participation des Allemands à une force armée ou l'accomplissement du service militaire des Allemands. Par une lettre du 7 juillet 1952, les requérants décident d'ajouter, à la suite de la signature des traités franco-germanique instituant une communauté européenne de défense, que les lois portant ratification desdits traités n'étaient pas conformes au texte suprême[1770]. Une audience s'est d'ailleurs tenue le 10 juin 1952 afin d'effectuer un contrôle de constitutionnalité. À cette même date, le Président fédéral consulte la Cour constitutionnelle pour une interprétation de la Constitution. Il lui demande si le traité, qui consiste à mutualiser les forces armées des pays signataires, est conforme à l'article 24 de la Loi fondamentale. Eu égard à cette demande présidentielle, la première chambre propose alors aux députés-requérants de suspendre la procédure en attendant que l'Assemblée plénière réponde à la consultation. L'issue du procès dépendrait donc de l'avis qui serait rendu. Ce dernier aurait ainsi été doté d'une portée juridique identique aux arrêts puisque le sort du projet de loi aurait été subordonné à la consultation de la Cour. Cependant, les requérants refusent cette proposition et la Chambre

[1768] Ceci est d'ailleurs rappelé ultérieurement dans un arrêt du 7 mars 1953 (BVerfGE 2, p. 143).
[1769] « La Cour constitutionnelle fédérale statue (…) en cas de divergence d'opinion ou de doutes sur la compatibilité formelle et matérielle, soit du droit fédéral ou du droit d'un Land avec la présente Loi fondamentale, soit du droit d'un Land avec toute autre règle du droit fédéral, sur demande du Gouvernement fédéral, d'un Gouvernement de Land, ou d'un quart des membres du Bundestag ».
[1770] Le traité international doit être incorporé dans le droit national pour être assimilable à norme, voir en ce sens : M. Fromont, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *CCC*, n° 15, 2004, p. 95.

décide finalement, le 30 juillet 1952[1771], de déclarer la requête irrecevable puisque les projets de loi ne peuvent subir le contrôle prévu par l'article 93, paragraphe 1, n°2.

Dans le même temps, au sein de la Cour réunie cette fois en formation plénière, les délibérations sur la demande d'avis du Chef de l'État ont débuté. Le 8 décembre 1952, l'Assemblée plénière décide que les deux chambres seront liées par l'avis[1772]. Compte tenu de cette contrainte juridique, le Président décide de retirer sa demande. De nombreuses critiques s'étaient élevées à l'époque. Le ministre de la justice avait par exemple condamné la position de la Cour[1773]. En effet, si l'avis de la Cour avait affirmé que les traités n'étaient pas conformes au texte suprême alors, de nouveau saisi dans le cadre d'une procédure de contrôle de constitutionnalité, l'une des chambres de la Cour aurait jugé les traités inconstitutionnels. D'autant que la même année, la Cour rend obligatoire le contrôle des traités. La loi fondamentale allemande est silencieuse sur ce point. Mais, à partir d'une décision de 1952[1774] relative au traité instituant la Communauté Européenne de Défense, le Chef de l'État a désormais l'obligation, avant la promulgation, de transmettre la loi qui approuve un accord international[1775] pour que la Cour effectue un contrôle. De telle sorte qu'en cas d'avis préalable à une décision de constitutionnalité, cette dernière ne fera qu'entériner ce que prévoyait déjà l'avis.

Ainsi la Cour constitutionnelle a dépassé les compétences qui lui étaient assignées en conférant une telle autorité à sa consultation. La juridiction constitutionnelle de Karlsruhe justifie sa position en précisant que : « si un tribunal est désigné par la loi pour fournir des avis juridiques, il agit également en tant que tribunal »[1776]. Toutefois elle précise ses motifs en rappelant que l'article 31, alinéa 1er, de la loi relative à la Cour constitutionnelle, selon lequel « les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale lient les organes constitutionnels de la Fédération et des Länder ainsi que tous les tribunaux et autorités », ne s'applique pas pour les avis. Le point de vue de la Cour apparaît donc équivoque : d'un côté, en obligeant les deux chambres à respecter son avis, elle l'a *de facto* rendu contraignant, mais de l'autre, elle précise

[1771] BVerfGE 1, 30 juillet 1952, p. 396.
[1772] « Gutachten des Plenums über bestimmte verfassungsrechtliche Fragen binden die Senate in Urteilsverfahren ».
[1773] B. Wilhelm, « La Cour constitutionnelle de la République fédérale allemande ». *RIDC*, Vol. 9, n°1, 1957, p. 61.
[1774] BVerfGE 1, 30 juillet 1952, p. 396.
[1775] J.-C. Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Economica, 1982, p. 75.
[1776] « Wenn ein Gericht durch Gesetz zur Erstattung von Rechtsgutachten berufen wird, so handelt es auch bei dieser Tätigkeit als Gericht ».

que la consultation ne s'impose pas aux autorités consultantes. D'ailleurs, le secrétaire d'État au ministère fédéral de la Justice[1777] soulignait dans le même temps que les avis de la Cour avaient une autorité politique à défaut d'être juridique. La contrainte politique des avis est en effet indubitable.

L'illustration la plus notable concerne l'avis rendu par la Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 16 de la Constitution : la publication de l'avis obligatoire a tendance à le rendre contraignant. Il est à noter que les autorités juridictionnelles ont cité, dans leurs décisions, l'avis du Conseil constitutionnel. La Chambre criminelle de la Cour de cassation, saisie par voie d'exception, se prononce dans un arrêt du 21 août 1961[1778] sur la décision de recourir à l'article 16. Cette dernière ne peut être contestée devant l'autorité judiciaire. Elle ajoute que les consultations officielles ont été effectuées et que l'avis du Conseil constitutionnel « énonce que les conditions exigées par la Constitution pour l'application de l'article 16 se trouvent réunies ». Dans une moindre mesure, le commissaire du Gouvernement Henry y fait également référence dans ses conclusions sur l'arrêt *Rubin de Servens* de 1962[1779].

Eu égard au poids politique indéniable[1780] de l'avis, il serait délicat pour le Président d'appliquer cet article alors que le Conseil constitutionnel, garant des droits et libertés constitutionnels, considérerait que les conditions ne sont pas réunies. Certes, le Président, comme la juridiction constitutionnelle, a un rôle de gardien et une véritable concurrence s'instaure entre ces deux autorités en cas de désaccord dans l'application dudit article. Mais l'action du Président serait embarrassée s'il s'entêtait à s'octroyer les pleins pouvoirs malgré la désapprobation du Conseil. Une « véritable dictature de salut public »[1781], « un coup d'état légal »[1782], « [une dictature provisoire] analogue à celle de la République romaine primitive »[1783], cet article « fatalement imprécis »[1784] a connu[1785] de nombreuses controverses.

[1777] À cette époque, il s'agissait de Walter Strauß.
[1778] C. Cass., Crim., 21 août 1961, *Forhan*, Bull. crim., p. 695.
[1779] CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Lebon p. 143. Conclusions du commissaire du gouvernement Henry, *JCP* 1962, II, p. 12613.
[1780] F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 614.
[1781] P.-C. Frier, « Les législations d'exception », *Pouvoirs*, n°10, 1979, p. 28.
[1782] M. Voisset, « Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16 », *Pouvoirs*, n°10, 1979, p. 105.
[1783] M. Duverger, « L'article 16 et ses limites », *Le Monde*, 5 mai 1961.
[1784] F. Saint-Bonnet, « Réflexion sur l'article 16 », *RDP*, 1998, p. 1716.
[1785] Selon F. Saint-Bonnet, « depuis 1993, l'article 16 ne semble plus susciter de nombreuses controverses », voir en ce sens : « Réflexion sur l'article 16 », art. cité, p. 1699.

Au Canada, la procédure consultative ne fait pas non plus « l'unanimité, ni quant à son opportunité ni quant au caractère contraignant ou simplement indicatif »[1786]. En effet, aucune précision n'est formulée quant aux effets juridiques des avis rendus par la Cour (contrairement à ses arrêts[1787]). La procédure de renvoi ajoute « un volet qui s'éloigne de ses fonctions judiciaires classiques, sans pour autant sortir du domaine juridique »[1788]. Mais la contrainte à l'œuvre dans le respect des avis est implicite. D'autant plus lorsque les Cours émettent des avis qui réalisent un véritable contrôle de constitutionnalité.

§2 : Des avis de constitutionnalité

Lorsque le Conseil constitutionnel (A) et la Cour suprême du Canada (B) rendent des avis, ils effectuent aussi, à cette occasion, des examens de constitutionnalité. En d'autres termes, une confrontation est opérée avec le texte constitutionnel.

A. L'apparition d'un contrôle de constitutionnalité dans les avis rendus par le Conseil constitutionnel

Le contrôle de constitutionnalité est perceptible à l'occasion des avis émis sur les projets de décrets avant un référendum (1). De même, lorsqu'est appliqué l'article 16 de la Constitution, chaque mesure présidentielle doit être précédée d'un avis du Conseil constitutionnel. Ce dernier réalise un contrôle de constitutionnalité : il s'agit de vérifier que la mesure du Président ne méconnaît pas le texte suprême (2).

1. Le contrôle de constitutionnalité des projets de loi référendaire

L'article 46 de la loi organique du 7 novembre 1958 prévoit une consultation du Conseil constitutionnel portant sur l'organisation des opérations de référendum. Il ne précise pas que la

[1786] F. Chevrette et G. Charles, « L'utilisation de la procédure de l'avis consultatif devant la Cour suprême du Canada : essai de typologie », *La Review du barreau canadien*, n°82, 2003, p. 789.
[1787] Article 52 de la loi relative à la Cour suprême : « La Cour est la juridiction suprême en matière d'appel, tant au civil qu'au pénal; elle exerce, à titre exclusif, sa compétence sur l'ensemble du Canada; ses arrêts sont définitifs et sans appel ».
[1788] D. Jutras, « Le rôle constitutionnel de la Cour suprême du Canada : autoportrait », *CCC*, n°24, 2008, p. 65.

Haute instance doit donner son avis sur la décision de recourir au référendum et encore moins sur la constitutionnalité du projet de loi référendaire. Pourtant, elle s'arroge cette compétence.

Les avis du Conseil constitutionnel ne sont pas publiés. D'ailleurs le Président du Conseil constitutionnel, Léon Noël, y avait insisté à l'occasion du premier référendum organisé sous la V[ème] République[1789]. Néanmoins, les comptes rendus des délibérations sont accessibles[1790]. Tous les décrets organisant un référendum législatif, sous la V[ème] République, visent notamment la consultation du Conseil constitutionnel[1791]. Mais le sujet sur lequel le Conseil constitutionnel doit se prononcer n'est pas explicite : l'expression « organisation des opérations de référendum »[1792] est imprécise. « Les omissions du texte constitutionnel (…) sont à l'origine d'une certaine liberté »[1793]. Finalement, la pratique a tranché : le Conseil constitutionnel émet un avis sur le projet de loi. La consultation sur le projet de loi n'est prévue ni par la Constitution ni par l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel[1794]. Il s'agit ni plus ni moins d'une extension de sa compétence consultative.

Initialement, la Haute instance refusait de formuler un avis sur projet de loi référendaire. Pour le référendum du 8 janvier 1961[1795], le Conseil a souligné « qu'il n'a pas reçu compétence pour donner un avis sur la décision du Président de la République de recourir au référendum non plus que sur le projet de loi soumis à ce référendum »[1796]. Concernant le référendum du 8 avril 1962[1797], il décline à nouveau : il « ne se reconnaît pas compétent pour donner un avis officiel sur le projet de loi à soumettre au référendum ».

[1789] Comptes rendus des délibérations des séances des 6 et 7 décembre 1960 : « Il rappelle que les avis du Conseil en cette matière ne doivent pas être publiés ».
[1790] Uniquement pour ceux ayant plus de vingt-cinq ans.
[1791] Décret n°62-1135 du 4 octobre 1962 relatif au référendum portant sur l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, publié au *Journal officiel* le 5 octobre 1962, p. 09605 ; décret n°69-299 du 3 avril 1969 portant organisation du référendum, publié au *Journal officiel* le 4 avril 1969, p. 03349 ; décret du 5 avril 1972 relatif au référendum d'adhésion à la communauté économique européenne et à la communauté européenne de l'énergie atomique du Royaume de Danemark, de l'Irlande, du Royaume de Norvège, et du Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord publié au *Journal officiel* du 6 avril 1972 p. 3499 ; Décret n°88-944 du 5 octobre 1988 portant organisation du référendum publié au *Journal officiel* du 6 octobre 1988 p. 12583 ; décret du 1[er] juillet 1992 décidant de soumettre un projet de loi au référendum, *Journal officiel* du 2 juillet 1992 p. 8742 ; décret n°2000-666 du 18 juillet 2000 portant organisation du référendum publié au *Journal officiel* n°165 du 19 juillet 2000 p. 11069 ; décret n°2005-237 du 17 mars 2005 portant organisation du référendum publié au *Journal officiel* n°65 du 18 mars 2005 p. 4571.
[1792] Article 46 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.
[1793] R. Arsac « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », art. cité, p. 793.
[1794] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.
[1795] Ce référendum visait à valider la politique d'autodétermination du général de Gaulle en Algérie.
[1796] Séance du 8 décembre 1960, p. 21, disponible à l'adresse: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1960-12-08.pdf.
[1797] Le Général de Gaulle consulte les électeurs pour obtenir leur approbation sur les accords d'Evian.

Pourtant, à partir de 1962, la position du Conseil constitutionnel évolue. Rappelons qu'à cette date, Charles de Gaulle souhaite réviser la Constitution sur le fondement de l'article 11 de la Constitution pour modifier le mode d'élection du Président de la République. Le Conseil constitutionnel est alors saisi de quatre textes[1798] : un projet de décret du Président de la République décidant de soumettre un projet de loi au référendum, un projet de décret portant organisation du référendum, un projet de décret portant organisation du scrutin et un projet de décret fixant les conditions dans lesquelles les partis politiques pourront participer à la campagne en vue du référendum.

Le Conseil constitutionnel n'est pas saisi en tant que juge de la constitutionnalité mais uniquement comme conseiller. Pour autant, concernant le premier décret, les membres ont jugé que le projet de loi soumis au peuple français en vue d'une révision constitutionnelle n'était pas conforme à la Constitution[1799]. Ainsi, il contrôle la constitutionnalité du projet de loi que lui a transmis le Gouvernement. Il a donc élargi sa compétence dès le troisième référendum de la V^{ème} République.

Cette extension de compétence s'impose néanmoins timidement. En 1968, un projet de loi référendaire a été porté à la connaissance du Conseil constitutionnel, il devait se tenir le 16 juin et portait sur une rénovation universitaire, sociale et économique. À cette occasion, la Haute instance s'est uniquement prononcée sur les projets de décrets organisant le référendum et non sur le projet de loi lui-même : il s'est donc éloigné de sa position de 1962. Il en est de même s'agissant des référendums de 1969[1800] et de 1972[1801] : aucun avis sur le projet de loi n'a été formulé. En revanche, le référendum de 1988 constitue une inflexion. Lors de la séance du 3 octobre 1988[1802], le Président du Conseil constitutionnel met aux voix la question de savoir si le Conseil peut émettre un avis officieux sur le projet de loi soumis au référendum. La réponse a été unanimement positive. Pendant cette délibération, la question de la constitutionnalité du

[1798] Le secrétaire général de l'époque était Pierre Aupepin de Lamothe-Dreuzy. B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, X. Philippe et D. Rousseau (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 110.
[1799] Le premier vote à la majorité de sept voix contre trois « a porté sur la constitutionnalité du projet » (selon les propos de Gilbert-Jules).
[1800] Référendum sur la régionalisation et la réforme du Sénat, Décret n°69-296 du 2 avril 1969 référendum relatif à la création de régions et à la rénovation du Sénat, *Journal officiel* du 3 avril 1969 p. 3315.
[1801] Référendum permettant la ratification du traité d'élargissement de la Communauté économique européenne, décret du 5 avril 1972 décidant de soumettre un projet de loi au référendum relatif à l'adhésion à la communauté économique européenne et à la communauté européenne de l'énergie atomique du Royaume de Danemark, de l'Irlande, du Royaume de Norvège et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, publié au *Journal officiel* du 6 avril 1972 p. 3499.
[1802] Compte rendu des délibérations de la séance du 3 octobre 1988, pp. 7-8, disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1988-09-23_pv1988-10-03.pdf.

projet de loi relatif aux dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie a été discutée[1803]. D'ailleurs l'avis a été ainsi rédigé : « peuvent être considérées comme conformes au principe d'autodétermination, posé par le préambule de la Constitution et mis en œuvre par l'article 53 de celle-ci, les dispositions législatives qui, (…), soumettraient la participation des électeurs (…) à des conditions d'attachement au territoire caractérisées par une longue présence dans celui-ci »[1804]. Le contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel sur le projet de loi, alors même que sa compétence consultative devrait être limitée, est vérifié. Il préfère ainsi exercer un contrôle de constitutionnalité en amont, d'autant que celui-ci est secret. Ainsi, l'incompétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la constitutionnalité des lois référendaires doit être nuancée puisqu'il opère cet examen *a priori*, avant l'approbation du peuple[1805].

Le Conseil constitutionnel refuse explicitement de procéder à un contrôle de constitutionnalité des lois référendaires. Pourtant, dans certains pays tels que l'Italie, l'Irlande ou la Slovénie, les cours contrôlent la constitutionnalité des lois référendaires alors même que la Constitution de ces États est silencieuse sur ce point[1806]. Aux États-Unis, la Cour suprême fédérale a déjà annulé un référendum car la loi adoptée par les électeurs d'un État était contraire à la Constitution de l'Union[1807]. La Cour suprême américaine refuse en effet, d'établir « une distinction fondée sur un critère formel, entre loi référendaire et loi ordinaire »[1808].

En réalité, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de constitutionnalité des lois référendaires insidieux. À la suite du référendum de 1962, le Conseil constitutionnel, saisi par le Président du Sénat, a rendu une célèbre décision[1809] dans laquelle il s'estimait incompétent pour juger de la constitutionnalité d'une loi référendaire. La compétence du Conseil constitutionnel doit se limiter aux lois adoptées par le Parlement eu égard à son rôle d' « organe

[1803] M. Lecourt : « Deux articles posent problème au regard de leur constitutionnalité ». Compte rendu des délibérations de la séance du 3 octobre 1988, pp. 7-8, disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1988-09-23_pv1988-10-03.pdf.
[1804] Compte rendu de la séance du 3 octobre 1988, p. 24, disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1988-09-23_pv1988-10-03.pdf.
[1805] O. Beaud, *La puissance de l'État*, Puf, 1994, p. 432.
[1806] M. Fatin-Rouge Stéfanini, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Economica, 2004, p. 56.
[1807] Lucas v. Forty-Fourth Gen. Assembly of Colorado, 377 U.S. 713 (1964).
[1808] P. Vialle, *La cour suprême et la représentation politique aux États-Unis, Nouvel essai sur le gouvernement des juges*, LGDJ, 1972, p. 104.
[1809] Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, *Journal officiel* du 7 novembre 1962, p. 10778 confirmée par la décision ; Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne, *Journal officiel* du 25 septembre 1992, p. 13337.

régulateur de l'activité des pouvoirs publics »[1810]. Le peuple s'étant exprimé, le Conseil constitutionnel juge que « l'esprit de la Constitution »[1811] lui commande de s'abstenir : les lois référendaires échappaient à tout contrôle juridictionnel. L'immunité juridictionnelle conférée aux lois référendaires est également liée à la proclamation des résultats. En vertu de l'article 51 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, « le Conseil constitutionnel proclame les résultats du référendum ». Il octroie une valeur officielle au scrutin permettant au Président de la République de prendre acte de la volonté populaire en promulguant le projet de loi ou en s'abstenant. Si après la décision REF qui valide la loi référendaire, le Conseil constitutionnel censurait la loi pour inconstitutionnalité, « la schizophrénie »[1812] de la Haute instance serait à son paroxysme. La connexité entre ces deux compétences est donc indéniable[1813].

Toutefois, dans la décision n°76-65 DC du 14 juin 1976[1814], le Conseil constitutionnel contrôle la conformité à la Constitution de la loi organique modifiant la loi référendaire relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct. Dans les motifs et le dispositif de cette décision, le Conseil constitutionnel juge que la loi organique est conforme à la Constitution. Implicitement, le Parlement est autorisé à modifier une loi référendaire. Puis le juge de la constitutionnalité franchit un pas supplémentaire avec la décision n° 89-265 DC du 9 janvier 1990[1815]. Les saisissants soutenaient que certaines dispositions législatives contredisaient une loi référendaire. La loi méconnaîtrait notamment l'article 3 de la Constitution relatif à la souveraineté nationale. La Haute instance juge explicitement, s'agissant de ce moyen, que la loi est conforme à la Constitution puisqu' « qu'il importe peu, à cet égard, que les dispositions modifiées, complétées ou abrogées résultent d'une loi votée par le Parlement ou d'une loi adoptée par voie de référendum »[1816]. En d'autres termes, le législateur peut abroger

[1810] Considérant 2 de la décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, *Journal officiel* du 7 novembre 1962, p. 10778.
[1811] *Ibid.*
[1812] J.-E. Gicquel, « Le Conseil constitutionnel et le mandat parlementaire », *op. cit.*, p. 69.
[1813] « En réalité les pouvoirs que nous avons en matière de référendum sont prévus à l'article 60. Ce sont ceux que nous avons exercés hier et ce matin. Là s'arrête le champ d'action que nous a tracé la Constitution. Le rôle du Conseil serait mal établi s'il en était autrement, s'il pouvait- après avoir, le matin, proclamé les résultats d'un référendum – dire, l'après-midi qu'il n'est pas conforme à la Constitution. Ceci me paraît essentiel. » d'après J. Michard-Pelissier *in* B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, X. Philippe et D. Rousseau (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 114
[1814] Décision n° 76-65 DC du 14 juin 1976, Loi organique modifiant la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, *Journal officiel* du 19 juin 1976, p. 3687.
[1815] Décision n° 89-265 DC du 9 janvier 1990, Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'évènements survenus en Nouvelle-Calédonie, *Journal officiel* du 11 janvier 1990, p. 463.
[1816] Considérant 8 de la décision n° 89-265 DC du 9 janvier 1990.

ou modifier des dispositions législatives, référendaires ou non, visant des exigences constitutionnelles s'il prévoit des garanties équivalentes[1817]. Le Conseil constitutionnel, saisi dans le cadre de la QPC ou exerçant un contrôle par voie d'exception[1818] en appliquant la jurisprudence néo-calédonienne[1819], examine donc la constitutionnalité des lois référendaires[1820].

Par conséquent le Conseil constitutionnel effectue un contrôle de constitutionnalité avant ou bien après la consultation. En émettant un avis sur tous les décrets organisant un référendum, il élargit sa compétence consultative au projet de loi référendaire de l'article 11 de la Constitution et opère un véritable contrôle de constitutionnalité. Désormais, le Conseil constitutionnel se prononce systématiquement sur la constitutionnalité du projet de loi soumis à référendum[1821]. D'aucuns évoquent d'ailleurs une « compétence *codécrétale* »[1822]. Ses avis ne sont certes pas systématiquement suivis. Néanmoins, ils ont tendance à s'imposer parce qu'il s'agit d'un avis de constitutionnalité. C'est aussi le cas lorsqu'il rend des avis sur les mesures présidentielles prises sur le fondement de l'article 16 de la Constitution.

[1817] Pour une application des garanties légales des exigences constitutionnelles, voir considérant 42 de la décision n°83-165 DC du 20 janvier 1984, Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, *Journal officiel* du 21 janvier 1984, p. 368.

[1818] Voir aussi la décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel est saisi pour contrôler la constitutionnalité de la loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (publiée au *Journal officiel* n°0068 du 21 mars 1999 p. 4197). À cette occasion, la Haute instance a estimé « qu'en raison de ce changement des circonstances de droit, il y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de procéder à l'examen de l'ensemble des dispositions de la loi organique, alors même que certaines d'entre elles ont une rédaction ou un contenu identique à ceux de dispositions antérieurement déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel ou figurant dans la loi n°88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, adoptée par le peuple français à la suite d'un référendum » (considérant 4).
À cet égard, Agnès Roblot-Troizier estime qu'il « ne s'agit que d'une atténuation [de son incompétence] dans la mesure où le contrôle ne porte pas sur la loi référendaire elle-même, mais sur son contenu en tant qu'il est repris dans une loi parlementaire soumise à l'examen du Conseil ». Voir en ce sens A. Roblot-Troizier, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française, Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, *op. cit.*, p. 147.

[1819] Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, *Journal officiel* du 26 janvier 1985, p. 1137.

[1820] J.-F. Flausse, « Le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires », *LPA*, n° 75, 1997, p. 7.

[1821] J.-E. Gicquel et J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 667.

[1822] *Ibid.*

2. *Les avis sur les mesures présidentielles de l'article 16 de la Constitution*

Lorsque le Président détient les pleins pouvoirs en période de crise exceptionnelle, la Haute instance doit être consultée pour chaque mesure présidentielle[1823]. À ce titre, elle n'exerce pas qu'une compétence consultative[1824]. En effet, elle émet des avis de constitutionnalité. Plus précisément, elle apprécie si la Constitution n'est pas violée. En cas de méconnaissance, son avis met en garde le Chef de l'État. Ainsi, un contrôle de constitutionnalité est effectué. Les avis peuvent[1825] rester secrets. Toutefois, certains considèrent qu'il serait judicieux de les publier de façon « rétrospective aussitôt qu'aura pris fin l'usage des pouvoirs de l'article 16 »[1826].

Dans les avis confidentiels sur les futures mesures présidentielles, l'office du juge de la constitutionnalité est perceptible à plusieurs égards. D'abord lorsque le Conseil constitutionnel contrôle si les mesures que le Président s'apprête à prendre relèvent bien de sa compétence en période de crise. En d'autres termes, il examine si les mesures envisagées répondent aux exigences de l'article 16. Par exemple, dans un avis du 25 avril 1961, le Conseil a vérifié si les différents projets de décisions « entr[ai]ent dans le champ d'application de l'article 16 de la Constitution »[1827]. Dans un autre avis, la Haute instance a considéré que le projet de mesure présidentielle consistait à modifier un texte de caractère réglementaire. Étant donné que ces dispositions pouvaient « être prises par la voie réglementaire normale »[1828], il a conseillé au Président de ne pas les édicter puisqu'elles n'entraient pas dans le domaine de l'article 16. Le Chef de l'État a d'ailleurs suivi le Conseil constitutionnel puisque l'article 2 n'a pas été édicté[1829].

[1823] Article 16 alinéa 3 de la Constitution : «Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet. » et article 54 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Le Président de la République avise le Conseil constitutionnel des mesures qu'il se propose de prendre. Le Conseil constitutionnel lui donne sans délai son avis ».

[1824] Contrairement à ce qu'affirme Paul Leroy. Voir en ce sens : *L'organisation constitutionnelle et les crises*, LGDJ, 1966, p. 247.

[1825] La Constitution et la loi organique sont muettes sur ce point.

[1826] P. Leroy, *L'organisation constitutionnelle et les crises, op. cit.*, p. 247.

[1827] Les avis confidentiels du Conseil constitutionnel peuvent être consultés aux archives nationales sous la côte n°20040168/2. Quelques projets de décisions ont été délibérés lors de la séance du 25 avril 1961. Le premier avis porte sur le projet de décision relative à la perte des droits à pension des fonctionnaires et militaires révoqués ou destitués et le second porte sur le projet de décision relative à l'interdiction des écrits périodiques apportant un appui à une entreprise de subversion.

[1828] Avis confidentiel relatif aux affectations des magistrats en fonction dans les départements algériens délibéré lors de la séance du 26 avril 1961, AN/20040168/2.

[1829] Décision du 26 avril 1961 relative aux affectations de magistrats en fonction dans les départements algériens publiée au *Journal officiel* du 27 avril 1961 p. 3930.

Dans d'autres circonstances, il estime nécessaire de solliciter le législateur. Dans l'avis relatif à la mesure présidentielle souhaitant mettre fin à l'article 16 de la Constitution, il admet que s'il est indispensable de maintenir en vigueur une mesure prise antérieurement, « elle doit être immédiatement soumise au vote du législateur à qui l'article 34 de la Constitution donne, en période normale, compétence en pareilles matières »[1830]. Le rapporteur ajoute même que « plus on multiplie les atteintes à la Constitution, plus on accroît le désordre de l'État… »[1831]. Dans ces cas précédents, ce n'est pas l'office du juge de la répartition des compétences normatives qui est en jeu mais bien celui du juge de la constitutionnalité. En effet, il ne s'agit pas de déterminer qui du législateur ou du pouvoir réglementaire est compétent, mais plutôt de donner son avis sur une future mesure présidentielle qui risquerait de ne pas respecter les prérogatives conférées par la Constitution à l'ensemble des pouvoirs publics.

Il vérifie donc de façon globale si la Constitution n'est pas méconnue. C'est également le cas lorsqu'il estime que l'indépendance des magistrats[1832] est menacée par le projet de décision instituant une position de congé spécial pour certains magistrats de l'ordre judiciaire.

Parfois, la Haute instance estime que certaines mesures entrent dans le champ d'application de l'article 16 uniquement si elles sont temporaires. Dans ce cas, elle émet des réserves. Par exemple, l'interdiction des écrits périodiques apportant un appui à une entreprise de subversion doit prendre fin une fois la période des pleins pouvoirs expirée[1833].

Ensuite, la Haute instance a examiné si certains droits fondamentaux n'étaient pas méconnus. En effet, il est difficile d'imaginer « qu'à cette occasion le Conseil ne censure pas une violation des droits fondamentaux »[1834]. Tel est le cas du droit au recours. Celui-ci, assimilé également au droit d'agir en justice, a été consacré en 1996 sur le fondement de l'article 16 de la DDHC[1835]. En effet, il « ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes

[1830] Avis confidentiel mettant fin à l'application de l'article 16 de la Constitution délibéré le 29 septembre 1961, AN/20040168/2.
[1831] Propos du rapporteur, Jean Gilbert-Jules lors des délibérations de la séance du 29 septembre 1961 à propos de l'avis confidentiel d'un projet de décision prorogeant jusqu'au 31 juillet 1962 l'application de certains textes pris précédemment en vertu de l'article 16 et modifiant en outre la compétence et la composition des tribunaux militaires d'exception créés par décisions du 27 avril et 3 mai 1961, p. 10.
[1832] Consacrée par l'article 64 de la Constitution : « Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. Une loi organique porte statut des magistrats. Les magistrats du siège sont inamovibles ».
[1833] Avis confidentiel relatif au projet de décision relative à l'interdiction des écrits périodiques apportant un appui à une entreprise de subversion délibéré lors de la séance du 27 avril 1961, AN/20040168/2.
[1834] *Ibid*.
[1835] « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »[1836]. En 1961, le droit au recours ne bénéficiait pas explicitement d'une valeur constitutionnelle. La Constitution de 1958 « ne contient aucune disposition permettant de lui donner un fondement direct »[1837]. Toutefois, déjà à cette époque, certains membres du Conseil, à l'instar de Maurice Patin, estimaient qu'il s'agissait « d'une garantie fondamentale » [1838]. Il ajoutait même que, sans cela, « les droits de la défense [seraient] violés » ce qui heurterait « tous les principes de légalité et de tradition républicaine »[1839]. De même, dans l'avis confidentiel, le Conseil constitutionnel fait également référence à la tradition républicaine « constante » pour insister « sur la gravité de la suppression »[1840] du recours en cassation. Par conséquent, le droit au recours a été défendu dans le cadre de l'office consultatif.

La liberté de la presse a également été préservée par le Conseil constitutionnel. À la fin du mois de septembre 1961, le Chef de l'Etat a souhaité interrompre l'application de l'article 16. Néanmoins, il jugeait nécessaire de maintenir en vigueur certaines mesures édictées sur son fondement. L'une d'entre elles portait sur la prohibition des écrits périodiques apportant un appui à une entreprise de subversion. Par cette mesure, le Président voulait empêcher la révélation d'informations sensibles d'ordre militaire ou administratif. Mais la Haute instance ne voit aucun intérêt à proroger, et ce pour plusieurs raisons. D'une part, la publication de ces journaux et tracts n'a pas pu être empêchée. D'autre part, « sa prorogation risquerait d'être inexactement interprétée comme une atteinte à la liberté de la presse »[1841]. Ainsi, pour préserver cette liberté, la Haute instance conseille de ne pas maintenir en vigueur la mesure présidentielle. Comme on le sait, la liberté de la presse puise son origine dans l'article 11 de la DDHC[1842]. Le juge de la constitutionnalité a également reconnu sa valeur constitutionnelle dans une décision de 1984[1843]. Il affirme à cette occasion que la liberté de la presse est « une liberté fondamentale,

[1836] Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *Journal officiel* du 13 avril 1996, p. 5724, cons. 83.
[1837] L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffini, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 1041.
[1838] Propos tenus à l'occasion des délibérations de la séance du 27 avril 1961 sur l'avis confidentiel rendu à propos d'un projet de décision relative à l'interdiction des écrits périodiques apportant un appui à une entreprise de subversion, p. 2, AN/20040168/2.
[1839] *Ibid.*
[1840] Avis confidentiel relatif au projet de décision relatif à l'institution d'un Haut tribunal militaire délibéré los de la séance du 27 avril 1961, AN/20040168/2.
[1841] Avis confidentiel mettant fin à l'application de l'article 16 de la Constitution délibéré le 29 septembre 1961, AN/20040168/2.
[1842] « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».
[1843] Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, *Journal officiel* du 13 octobre 1984, p. 3200.

d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »[1844].

L'objectif, malgré l'application des pouvoirs exceptionnels, est d'éviter une violation excessive du texte suprême. En effet, « l'arsenal des droits fondamentaux protégés par la Constitution représente le premier bloc de règles supérieures de transgression »[1845]. En octroyant une telle compétence au Conseil constitutionnel, les constituants de 1958 ont voulu éviter les dérives présidentielles. D'ailleurs, les membres l'avaient identifié dès la première application de l'article 16. Les propos de Jean Gilbert-Jules en témoignent : « ce qui me semble être très grave c'est que le Président de la République veuille, en utilisant l'article 16, prolonger l'état d'urgence, la possibilité de la garde à vue, etc… Cela me paraît contraire à la lettre et à l'esprit de la Constitution »[1846].

En conséquence, la Haute instance contrôle la constitutionnalité des mesures présidentielles : elle « vérifie leur adéquation au but poursuivi »[1847]. « La Haute instance aura donc dû fournir un avis non seulement sur la conformité des mesures envisagées aux principes généraux de notre droit constitutionnel, mais encore sur leur technique juridique, leur valeur administrative voire leur opportunité »[1848]. D'ailleurs, un avis sur un projet de décision concernant la procédure pénale le prouve. La Haute instance émet des « doutes sur l'opportunité et l'efficacité desdites mesures »[1849].

Au total, lors de la seule application de l'article 16 de la Constitution sous la V^{ème} République, ce sont vingt-trois mesures présidentielles[1850] qui ont été prises sur le fondement de l'article 16 de la Constitution, excepté celle mettant en application ledit article. Elles précisent toutes que le Conseil constitutionnel a été « entendu ». Une fois que les mesures

[1844] Considérant 37 de la décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984.
[1845] F. Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, Puf, 2001, p. 16.
[1846] Propos du rapporteur, Jean Gilbert-Jules lors des délibérations de la séance du 29 septembre 1961 à propos de l'avis confidentiel d'un projet de décision prorogeant jusqu'au 31 juillet 1962 l'application de certains textes pris précédemment en vertu de l'article 16 et modifiant en outre la compétence et la composition des tribunaux militaires d'exception créés par décisions du 27 avril et 3 mai 1961, p. 2, AN/20040168/2.
[1847] H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, 8ème édition, Dalloz, 2015, p. 202.
[1848] L. Hamon, « À propos de l'article 16, quelques questions juridiques », art. cité, p. 665.
[1849] Avis confidentiel du 6 mai 1961 à propos d'un projet de décision relative aux dérogations des règles de l'instruction préparatoires dans les affaires concernant les crimes et délits de toute nature commis en relation avec les évènements survenus en Algérie depuis le 30 octobre 1954, ainsi que les infractions connexes, AN/20040168/2.
[1850] F. Hamon, *L'article 16 de la Constitution de 1958*, La documentation française, 1994, pp. 18-19.

sont prises, elles peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel par le Conseil d'Etat[1851] mais uniquement celles qui, en temps habituel, relèvent de la compétence du juge administratif[1852].

B. L'examen de constitutionnalité opéré par la Cour suprême canadienne dans sa fonction consultative

La Cour suprême canadienne est régulièrement consultée. Elle se prononce parfois pour donner une interprétation du texte constitutionnel. C'est précisément le cas dans un renvoi opéré en 1928[1853] : il s'agissait de savoir si les « personnes » visées par l'article 24[1854] de la Loi constitutionnelle de 1867[1855] incluaient également les femmes. Aucune précision n'était faite dans le texte. La Cour suprême a considéré que seuls les hommes pouvaient être sénateurs. De la même façon, en 1939[1856], le Gouverneur en conseil demandait à la Cour si le terme « Indiens » figurant à l'article 91, paragraphe 24 de le Loi constitutionnelle de 1867[1857], faisait également référence aux habitants de la province du Québec. La Cour a répondu par l'affirmative.

De même, la Cour peut être saisie par le Gouverneur en conseil afin de déclarer la conformité d'une loi à la Constitution. Par exemple, dans son renvoi relatif au mariage des personnes de même sexe[1858], le Gouverneur en Conseil demandait à la Cour d'exercer un contrôle de constitutionnalité de l'article 5 de la loi précitée qui prévoit que : « le mariage requiert le consentement libre et éclairé d'un homme et d'une femme à se prendre mutuellement pour époux »[1859]. La Cour devait donc, dans l'exercice d'une fonction consultative, déclarer une disposition législative conforme ou non. Cependant, la Cour s'est ici abstenue.

[1851] CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, n° 55049 et 55055.
[1852] G. Morange, « Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16 », *D.*, 1962, p. 114.
[1853] Reference re meaning of the word "Persons" in s. 24 of British North America Act, [1928] S.C.R. 276.
[1854] « Le gouverneur-général mandera de temps à autre au Sénat, au nom de la Reine et par instrument sous le grand sceau du Canada, des personnes ayant les qualifications voulues; et, sujettes aux dispositions de la présente loi, les personnes ainsi mandées deviendront et seront membres du Sénat et sénateurs ».
[1855] Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, c 3.
[1856] Reference whether "Indians" includes "Eskimo", [1939] S.C.R. 104.
[1857] « Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir : (…) 24. Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens ».
[1858] Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 RCS 698, 2004 CSC 79, au § 62.
[1859] Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, ch. 4.

La Cour suprême exerce une fonction consultative en lien avec sa fonction juridictionnelle : elle est régulièrement saisie afin de déterminer si le texte en cause, qu'il soit adopté ou non, est conforme à la Constitution. Le renvoi relatif à la sécession du Québec[1860] servira d'exemple. Dans cet avis, un *amicus curiae*[1861] soulevait l'argument selon lequel la procédure de renvoi, c'est-à-dire la compétence consultative de la Cour, consacrée par l'article 53 de la loi relative à la Cour suprême, était inconstitutionnelle. La Cour a répondu qu'elle était conforme à la Constitution dès lors que cette fonction était exercée en marge de ses procédures contentieuses. Juridiquement, une autre réponse n'était pas envisageable. Si elle avait admis que la compétence consultative était inconstitutionnelle, sa réponse n'aurait pas été conforme à la Constitution.

La Cour se justifie à double titre. Elle précise d'une part qu'aucune disposition constitutionnelle n'empêche la Cour suprême d'exercer une attribution consultative. Elle ajoute, d'autre part, que l'objectif est d'apporter une réponse juridique sans empiéter sur le pouvoir démocratique, seul chargé de la décision. Puis, elle s'attarde sur les questions émises par le Gouverneur en conseil[1862]. Ce dernier sollicite une interprétation de la Constitution en lui demandant notamment si le texte suprême autorise l'Assemblée nationale ou le Gouvernement à procéder unilatéralement à la sécession du Québec au Canada. Cette décision a été vivement critiquée par la doctrine canadienne. D'aucuns estiment qu'il ne ressortait pas de sa compétence de répondre à une telle question qui relevait du droit international[1863]. D'autant que son application du droit international était discutable[1864]. Néanmoins, la Cour a estimé, conformément à la Constitution et plus largement au droit constitutionnel canadien, qu'une sécession unilatérale n'était pas conforme.

Dans le cadre du renvoi de 1976 relatif à la loi anti-inflation[1865], le Gouverneur en conseil demande explicitement l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité par la Cour : « La Loi anti-inflation (…) est-elle inconstitutionnelle en totalité ou en partie, et, dans l'affirmative, à quels égards et dans quelle mesure? ». La Cour rend une réponse affirmative. De façon comparable, la Cour a été sollicitée pour déterminer si l'extradition d'un homme accusé de

[1860] Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.
[1861] Dans cet avis, la région du Québec a refusé de prendre part au débat donc c'est un *amicus curiae* qui a été nommé par la Cour suprême afin que les intérêts de cette province soient représentés.
[1862] Décret C.P. 1996-1497.
[1863] Y. Le Bouthillier, « La Cour suprême du Canada peut-elle répondre à une pure question de droit international dans le cadre du renvoi sur la sécession unilatérale du Québec ? », *RGD*, 1997, p. 431.
[1864] G. Dufour et A. Morin, « Le renvoi relatif à la sécession du Québec : critique du traitement que fait la Cour suprême du droit international », *Revue québécoise de droit international*, 1999, p. 175.
[1865] Renvoi : Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373.

plusieurs meurtres aux États-Unis était conforme à la Charte canadienne, sachant qu'il y encourait la peine de mort[1866]. La Cour admet que l'extradition ne constitue pas une violation du texte fondamental malgré deux opinions dissidentes.

D'autres questions sont soulevées en appel devant la Cour suprême qui exerce ici encore un contrôle de constitutionnalité. Le conseil des ministres de chaque province peut solliciter l'avis de sa cour d'appel[1867] sur une question définie. La Cour suprême se voit alors saisie de plein droit des appels interjetés contre les avis prononcés par les cours d'appel provinciales[1868]. La fonction consultative est exercée par des organes judiciaires dont les avis sont susceptibles de faire l'objet d'un appel. D'ailleurs, les termes utilisés par la Cour dans ces renvois sont les mêmes que dans le cadre d'un jugement : « le pourvoi est rejeté », il s'agit d'une « affaire » dans laquelle interviennent « l'appelant » et « l'intimé » ; le dispositif est qualifié d'« arrêt » avec des « motifs de jugement »[1869].

Le célèbre renvoi de 1981[1870] portant sur le « rapatriement » de la Constitution canadienne prouve incontestablement la force juridique des avis. Avant 1982, la Constitution canadienne ne pouvait être modifiée sans l'accord du Parlement britannique. De 1867[1871] à 1982[1872], le Canada ne pouvait réviser seul sa Constitution. À partir de cette date, la Constitution canadienne a été « rapatriée ». Le terme de rapatriement[1873] utilisé par la doctrine canadienne témoigne de

[1866] Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.), [1991] 2 R.C.S. 858.

[1867] Au sein de chaque province canadienne, il existe des cours d'appel provinciales et territoriales qui connaissent des appels des décisions rendues par les cours supérieures et les cours provinciales et territoriales. Ces cours d'appels provinciales et territoriales sont compétentes en cas de différends commerciaux, de différends concernant les biens, de poursuites pour négligence, de conflits familiaux, de faillites et de restructurations d'entreprises. Sachant qu'elles sont également compétentes en cas de questions constitutionnelles soulevées dans le cadre d'appels interjetés par des particuliers, par des gouvernements ou par des organismes gouvernementaux.
Source : site du ministère de la justice du Gouvernement du Canada. http://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/ajc-ccs/02.html.

[1868] Article 36 de la loi sur la Cour suprême : « Il peut être interjeté appel devant la Cour d'un avis prononcé par le plus haut tribunal de dernier ressort dans une province sur toute question déférée à ce tribunal par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province quand, aux termes de la législation provinciale, l'avis en cause est assimilé à un jugement ayant autorité de chose jugée mais susceptible d'appel au même titre qu'un jugement rendu dans une action ».

[1869] *Cf.* par exemple : Renvoi relatif à la Loi sur la radiodiffusion, 2012 CSC 4, [2012] 1 R.C.S. 142 ; Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.), [2000] 1 R.C.S. 783 ou encore Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457.

[1870] Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753.

[1871] Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.).

[1872] Proclamation de la loi constitutionnelle

[1873] F. Rocher et B. Pelletier, *Le nouvel ordre constitutionnel canadien*, Presses de l'Université du Québec, 2013, 352p.

l'abandon par ces autorités britanniques de leur pouvoir de modifier des dispositions de la Constitution canadienne[1874].

Les autorités de l'État fédéral canadien ne trouvaient pas de consensus avec les provinces pour présenter un projet de loi au Parlement britannique en vue d'une adoption de leur clause de révision constitutionnelle. Le Parlement canadien décide alors de proposer un projet avec seulement l'accord de deux provinces sur dix. Les conseils des ministres de certaines provinces réfractaires au projet exigent que leur consentement soit nécessaire. Ils[1875] décident alors de saisir leurs Cours d'appel respectives. Ces dernières sont chargées de répondre aux questions suivantes : d'une part le projet du gouvernement fédéral restreint-il les droits des provinces ? ; d'autre part l'appui unanime des Provinces est-il nécessaire au Parlement pour envoyer une Adresse à la Reine ? La Cour d'appel du Manitoba[1876] répond par la négative en donnant raison au Gouvernement fédéral. La Cour d'appel de Terre-Neuve[1877], quant à elle, se montre favorable aux provinces. Enfin, la Cour d'appel du Québec[1878] estime que, tout en portant atteinte aux droits des Provinces, le projet est réservé au Parlement fédéral. Eu égard à ces « contradictions juridictionnelles »[1879], la saisine de la Cour suprême apparaissait indispensable.

La Cour suprême, saisie en appel, décide finalement que d'un point de vue juridique l'accord unanime des provinces n'est pas indispensable mais qu'un « degré appréciable de consentement provincial » est requis[1880]. Il s'agit en l'occurrence d'un principe non-écrit : une convention. Les conventions ne sont pas étrangères au droit, « ce sont des normes intermédiaires [qui] conditionnent (…) l'application de la Constitution ». La norme suprême « ne peut être saisie dans sa globalité qu'en tenant compte des infléchissements que « [les conventions] lui imposent et, pour cette raison, elles appartiennent incontestablement à l'ordre constitutionnel normatif »[1881]. D'ailleurs, la Cour affirme que « violer une convention revient à faire quelque chose d'inconstitutionnel même si cela n'a aucune conséquence juridique directe »[1882] puisqu'ajouter les conventions constitutionnelles au droit constitutionnel canadien

[1874] B. Pelletier, « Les modalités de la modification de la Constitution du Canada », *Revue juridique Thémis*, n°33, 1999, p. 5.
[1875] Les conseils des ministres des provinces de Manitoba, de Terre-Neuve et du Québec.
[1876] (1981), 117 D.L.R. (3d) 1.
[1877] (1981), 118 D.L.R. (3d) 1.
[1878] (1981) C.A. 80.
[1879] J.-B. d'Onorio, « Le rapatriement de la Constitution canadienne », *RIDC*, vol. 35, n°1, 1983, p. 77.
[1880] Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753, P. 905.
[1881] P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, *op. cit.*, p. 150.
[1882] Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753, P. 883.

revient à obtenir « la Constitution complète du pays »[1883]. C'est ainsi que depuis les années 1980, la jurisprudence de la Cour suprême donne un plein effet juridique à ces principes non-écrits[1884]. La Cour a donc intégré « au nom d'un principe constitutionnel non écrit, une règle politique gouvernant les rapports interinstitutionnels »[1885]. Cet avis historique permet à la Cour de s'imposer dans le système démocratique[1886]. Dans la même veine, on peut citer un cas de 2011 relatif à la loi sur les valeurs mobilières[1887]. La Cour a considéré à cette occasion que ladite loi était invalide au motif qu'elle ne relevait pas de la compétence du Parlement canadien.

Les avis rendus par la Cour suprême canadienne ne paraissent pas obligatoires à la lecture de la loi relative à la Cour suprême qui est silencieuse. Mais, dans la pratique, ils sont « scrupuleusement respectés »[1888]. Il s'agit en réalité d'un mécanisme institutionnel permettant de porter devant la Cour un différend afin qu'elle tranche[1889]. Les avis ou renvois rendus par la juridiction suprême du Canada sont assimilables à de véritables jugements, leur portée n'est donc pas contestable[1890].

Le système judiciaire canadien est mixte : *common law* et *civil law* se côtoient[1891]. Cette combinaison permet d'expliquer les contraintes pesant sur les autorités consultant la Cour suprême. Le juge est perçu « comme un associé principal dans la création du droit »[1892], il est donc légitime pour livrer l'interprétation conforme à la Constitution. Le *Common law* qui constitue une « synthèse des décisions rendues par le juge »[1893] confère une autorité aux règles posées par le juge. Ce système de droit né, en Angleterre, s'est propagé dans tout l'empire britannique et notamment aux États-Unis, au Canada, en Australie et en Afrique du Sud. Les renvois canadiens s'imposent en vertu de ce système juridique : les autorités se sentent liées par l'avis parce que les juridictions inférieures saisies d'un litige nécessitant une interprétation de la loi ayant fait l'objet d'un renvoi adoptent la position de la Cour suprême. « En *common law*

[1883] Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753, P. 884.
[1884] L. B. Tremblay, « Les principes constitutionnels non-écrits : fondement épistémologique et normatif », Fac. Droit - Travaux et publications [512], 2009, disponible à l'adresse : https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/3014.
[1885] F. Gélinas, « La Cour suprême du Canada et le droit politique », *CCC*, n° 24, 2008, p. 73.
[1886] V. Mayer, « La Cour suprême du Canada et le processus démocratique : redéfinition et impact politique », *Pouvoirs*, n°59, 1991, p. 148.
[1887] Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837.
[1888] M. Fromont, *La justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013, p. 85.
[1889] R. Persaud, *The role of judicial advisory opinions in Canadian constitutionalism and federalism: the senate, patriation and Quebec veto reference cases considered*, Queen's University Kingston, 1998, p. 45.
[1890] H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4ème édition, Éditons Yvon Blais, 2002, p. 796.
[1891] Site du ministère de la justice canadien : http://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/just/03.html.
[1892] A. Barak, « L'exercice de la fonction juridictionnelles vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, n°66, 2006, p. 236.
[1893] A. Le Divellec et M. de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 59.

[les juges] ont l'obligation (…) d'appliquer la même solution que celle déjà donnée aux cas identiques ou similaires antérieurement jugés. (…) le précédent n'est obligatoire que s'il a été jugé par une cour supérieure à celle qui est appelée à se prononcer »[1894].

Les renvois de la Cour suprême du Canada, au même titre que les avis rendus par la Cour constitutionnelle fédérale, sont dénués d'effet juridique contraignant si l'on s'en tient aux textes. Toutefois, le cas canadien est particulier et diffère du cas allemand car les cours canadiennes inférieures se réfèreront à l'interprétation de la Cour suprême même s'il ne s'agit que d'un avis. *A contrario*, les avis que rendaient la Cour constitutionnelle fédérale ne liaient aucune autorité, et il ne s'agissait que d'une consultation juridique. C'est d'ailleurs pour cette raison que, dans son ultime avis, elle a souhaité préciser que ses deux chambres étaient contraintes de suivre l'interprétation de l'Assemblée plénière.

Conclusion du chapitre

L'office de juge de la constitutionnalité s'immisce, dans la plupart des cas, dans les avis rendus par les Cours. En d'autres termes, l'exercice des compétences consultatives des Cours constitutionnelles prouvent qu'elles ne rendent rarement que de simples avis. En effet, elles ont tendance à procéder à des examens de constitutionnalité. À cet égard, les pouvoirs publics trouvent un intérêt à les consulter : ils se prémunissent d'une violation constitutionnelle. En effet, en contrôlant le respect de la Constitution en amont, via sa fonction consultative, la juridiction constitutionnelle empêche des futures inconstitutionnalités. De la sorte, les autorités à l'origine de la demande de la consultation se sentent contraintes de respecter l'avis formulé par la Cour. Ce dernier n'est donc pas dénué d'effets juridiques. Au contraire, leur portée a tendance à contraindre les destinataires de l'avis.

Le constat n'est pas tout à fait identique pour le Conseil constitutionnel. Ce dernier ne se voit pas davantage saisi par les autorités pour effectuer une consultation. En effet, ses compétences consultatives sont restrictivement fixées par la Constitution, il ne dispose que d'une compétence d'attribution. Toutefois, même si les cas sont rares, lorsque l'office est sollicité, l'office de juge de la constitutionnalité apparaît. Ainsi, la Haute instance procède, dans

[1894] E. Picard, « Common law » *in* D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 243.

ses avis, à des examens de constitutionnalité. L'intervention du juge de la constitutionnalité est, une fois encore, à relever.

Conclusion du titre

À l'origine, le Conseil constitutionnel était uniquement le conseiller du pouvoir exécutif. En effet, les constituants lui ont octroyé des attributions consultatives pour servir le pouvoir exécutif. Pourtant, l'occasion d'élargir ses attributions consultatives s'était présentée dès 1961 : le Président de l'Assemblée nationale lui avait demandé son avis sur une question d'interprétation de la Constitution. Toutefois, le Conseil s'était abstenu de lui répondre[1895].

Sa fonction consultative n'est plus la même que celle du début de la V^{ème} République. Elle a évolué à deux égards. D'abord, ses interlocuteurs sont désormais multiples. À l'issue des scrutins nationaux, il formule des recommandations, dépourvues de base légale, à l'adresse de l'ensemble des pouvoirs publics.

Ensuite, l'office consultatif est de plus en plus poreux. Cette porosité se présente à plusieurs titres. Des injonctions, tels des jugements, se dissimulent derrière ses avis. Le conseiller préfigure des futures décisions rendues par le juge. De plus, le conseiller parvient à s'imposer car l'office consultatif collabore avec les offices juridictionnels. Ces derniers rendent contraignants les avis formulés par la Haute instance.

L'office consultatif est surtout avantagé par un office juridictionnel. Le conseiller parvient à influencer voire à contraindre les pouvoirs publics à intervenir grâce à l'office de juge de la constitutionnalité. Pourtant, contrairement à la Cour suprême canadienne, le Conseil constitutionnel ne détient pas de compétences consultatives en cas de difficultés relatives à l'interprétation de la Constitution. En d'autres termes, il ne peut être sollicité pour déterminer quelle application de la Constitution il faut privilégier. Néanmoins, il en avait été question lors des travaux préparatoires de la Constitution de 1958. Les constituants avaient envisagé que « le premier ministre [puisse] demander au Conseil constitutionnel un avis sur toute difficulté née de l'application de la présente Constitution »[1896]. Cet article avait surtout été imaginé pour les « décisions disciplinaires ou autres prises par une Assemblée à l'égard de ses membres »[1897]. Toutefois, il ne s'agissait pas tant de protéger le texte suprême que d'encadrer les parlementaires. *In fine*, cet article a été supprimé car la crainte des constituants était que « la

[1895] Décision n° 61-1 AUTR du 14 septembre 1961.
[1896] *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume I, *op. cit.*, p. 385.
[1897] *Ibid.*

position prise par le Conseil constitutionnel ne soit pas respectée »[1898]. Ainsi, c'est la réception des avis du Conseil constitutionnel par les assemblées qui préoccupait davantage les fondateurs de la V[ème] République[1899].

En conséquence, l'office consultatif est censé s'exercer distinctement de ses offices juridictionnels. Toutefois, ce n'est pas le cas : les offices ne sont pas étanches les uns des autres. D'ailleurs, la présence de l'office de juge de la constitutionnalité dans les avis du conseiller octroie à ces derniers une portée juridique contraignante. L'office de juge de la constitutionnalité domine les offices du Conseil constitutionnel. Le juge électoral n'y échappe pas plus.

[1898] L. Philip, « Le Conseil constitutionnel » *in* D. Maus, L. Favoreu et J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958, op. cit.*, p. 480.

[1899] Cette proposition sera finalement tronquée car, selon eux, l'alinéa de l'article précédent suffisait. Celui-ci précisait que chaque règlement d'assemblée nécessite « un avis » du Conseil constitutionnel. Les constituants, à ce stade, n'opèrent pas de distinction entre les avis et les décisions rendus par le Conseil constitutionnel.
Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Volume I, *op. cit.*, p. 385.

Titre 2. L'attraction de l'office du juge de la constitutionnalité sur le juge électoral

En 1958, les rédacteurs de la Constitution ne doutaient pas de la nécessité de confier à un organe indépendant le contentieux des élections. « En faisant du Conseil constitutionnel un tribunal électoral suprême, les constituants de 1958 ont montré l'importance qu'ils attachaient au problème de la régularité de ces opérations »[1900].

La V[ème] République met fin à la vérification des pouvoirs qui datait du 27 juin 1789[1901]. En effet, la Constitution de 1791[1902], la Constitution du 5 fructidor an III[1903], la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics[1904] ainsi que la Constitution du 27 octobre 1946[1905] consacraient un tel système. À cette époque, il était entendu que les assemblées devaient valider elles-mêmes les élections de leurs membres[1906] car cela constituait une garantie d'indépendance et de souveraineté vis-à-vis des autres pouvoirs. La méfiance à l'égard des juges empêchait, en effet, de confier ce contrôle à une juridiction. Toutefois, d'aucuns estimaient que le système de vérification des pouvoirs n'était pas une marque de souveraineté puisque les élus voyaient la régularité de leur élection contrôlée avant constitution de la chambre[1907]. Alors que les critiques[1908] ne cessaient de s'amplifier, le scandale des élections législatives de 1956 a marqué la fin du système de vérification des pouvoirs.

Ainsi, les constituants ont voulu confier le contentieux électoral à une institution impartiale et indépendante. Les travaux préparatoires prouvent que les pères fondateurs de la V[ème] République ont pensé en priorité au contrôle des élections législatives et sénatoriales. En

[1900] L. Philip, « Les attributions et le rôle du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1962, p. 101.
[1901] L. Philip, *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises, de la vérification des pouvoirs par les chambres au contrôle juridictionnel du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1961, p. 8.
[1902] Conformément à l'article 2 de la Section V « Réunion des représentants en Assemblée nationale législative » au sein du chapitre Premier « De l'Assemblée nationale législative » du titre III « Des pouvoirs publics » : « les représentants se formeront provisoirement en assemblée sous la présidence du doyen d'âge, pour vérifier les pouvoirs des représentants présents ».
[1903] Article 43 du titre IV « Assemblées électorales » : « Dans tous les cas, le Corps législatif prononce seul sur la validité des opérations des Assemblées électorales ».
[1904] Article 10 : « Chacune des chambres est juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de l'élection ; elle peut, seule, recevoir leur démission ».
[1905] « Chacune des deux Chambres est juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de leur élection ; elle peut seule recevoir leur démission » conformément à l'article 8 du titre II « Du Parlement », « Des Institutions de la République ».
[1906] L. Philip, *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises, de la vérification des pouvoirs par les chambres au contrôle juridictionnel du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 8.
[1907] J.-P. Charnay, *Le contrôle de la régularité des élections parlementaires*, LGDJ, 1964, p. 8.
[1908] Manque d'impartialité des parlementaires-juges, absence de motivation des décisions de validation des élections, insuffisance de garantie juridictionnelle, etc.

effet, pour l'élection présidentielle et les référendums, la fonction juridictionnelle du Conseil n'était qu'incidente. D'ailleurs, ses compétences pour ces deux scrutins n'ont pas suscité de longs débats lors de l'élaboration de la Constitution de la V^{ème} République. Si les attributions conférées au Conseil constitutionnel au titre des articles 58, 59 et 60 de la Constitution demeurent étendues[1909], elles découlent d'une logique d'ensemble. Il s'agissait de faire du « Conseil le juge de la régularité des expressions du suffrage, lorsque le corps électoral est consulté »[1910].

Pour les élections législatives, sénatoriales, présidentielle ou les référendums, le Conseil constitutionnel est sollicité à différentes étapes des scrutins. En amont, les électeurs peuvent le saisir exceptionnellement pour contester un acte préparatoire aux élections. En aval, à l'issue des opérations électorales, toutes les réclamations sont recevables. Il est compétent « en cas de contestation »[1911] et « examine les réclamations »[1912]. L'article 33 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique encadre temporellement[1913] les requêtes des électeurs[1914].

À ce jour, aucune élection présidentielle ni aucun référendum n'a été totalement annulé. La Haute instance serait certainement accusée d'aller à l'encontre de la volonté populaire. Au cœur « d'une lutte politique », le Conseil constitutionnel n'est pourtant qu'un « organisateur » du processus électoral, « alors que les saisissants ou les candidats cherchent souvent, y compris au cours de la campagne, à l'impliquer »[1915].

Néanmoins, le Conseil n'hésite pas à censurer certains résultats dans quelques bureaux de votes. Par exemple pour l'élection présidentielle de 2017, le Conseil a annulé les opérations électorales de plusieurs bureaux de votes dans les communes de Nice, de Toulouse ou encore de Bastia[1916]. Pour le référendum de 2005, ce sont les résultats des communes de Chartèves ou

---

[1909] La compétence du Conseil constitutionnel est large car les textes « donnent une interprétation très large du verbe "veiller" » utilisé par l'article 58. Voir sur ce point : W. Mastor, « Les droits du candidat à l'élection présidentielle », Pouvoirs, n°138, 2011, p. 35.
Un constat semblable est également valable pour l'article 60 de la Constitution.

[1910] J. Boitreaud, J. Foyer et F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel » *in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 04 octobre 1958*, Volume IV, La documentation française, 2001, p. 294.

[1911] Article 59 de la Constitution.

[1912] Article 58 de la Constitution. L'article 50, alinéa 1, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel précise, de manière analogue : « Le Conseil examine et tranche définitivement toutes les réclamations ».

[1913] À compter de la proclamation des résultats, les électeurs ont dix jours pour déposer une requête.

[1914] Seules les personnes inscrites sur les listes électorales peuvent contester les élections des parlementaires.

[1915] J.-P. Camby, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans la préparation et la surveillance du processus électoral », *LPA*, n°243, 2012, p. 18.

[1916] Décision n° 2017-171 PDR du 10 mai 2017, Proclamation des résultats de l'élection du Président de la République, *Journal officiel* n°0110 du 11 mai 2017 texte n° 1.

de Lodève qui ont été annulés[1917]. De même, dans la décision n° 2014-4907 SEN du 6 février 2015[1918], la désignation de deux sénateurs de la Polynésie française a été annulée, ou encore en 2013, ce sont les opérations électorales dans la deuxième circonscription de l'Oise[1919] qui ont subi le même sort. À moins de constater des irrégularités à l'échelle nationale, il est peu probable que le juge électoral annule la totalité des élections.

Dans le cadre du contentieux électoral qui « constitue en volume la principale activité du Conseil constitutionnel »[1920], l'office de juge électoral est sollicité. Néanmoins, il n'est pas le seul à s'intéresser aux élections. En effet, le juge de la constitutionnalité contrôle parfois des textes législatifs relatifs à la matière électorale. En ce sens, il devient un acteur du processus électoral (Chapitre 1). Pour autant, l'office de juge de la constitutionnalité et l'office de juge électoral ne se confondent pas, sur ce point, puisque le juge de la constitutionnalité n'empiète pas sur les compétences du juge électoral. Au contraire, le juge de la constitutionnalité contribue, dans ses décisions DC et QPC, à l'activité contentieuse du juge électoral. Ces deux offices apparaîssent, à cet égard, complémentaires car ils statuent tous deux sur une même matière.

En revanche, lorsque le juge électoral du Conseil constitutionnel est saisi, un chevauchement des offices est à constater. En effet, le juge électoral contribue à la protection du texte constitutionnel et est, lui aussi, un garant de la Constitution (Chapitre 2).

[1917] Décision n° 2005-38 REF du 1 juin 2005, Proclamation des résultats du référendum du 29 mai 2005, *Journal officiel* du 4 juin 2005, p. 9951, texte n° 7.
[1918] Décision n° 2014-4907 SEN du 6 février 2015, Polynésie française, *Journal officiel* n°0033 du 8 février 2015, p. 2328, texte n° 39.
[1919] Décision n° 2012-4594 AN du 25 janvier 2013, A.N., Oise (2ème circ.), *Journal officiel* du 26 janvier 2013, p. 1668, texte n° 84.
[1920] B. Maligner, « Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales », *NCCC*, n°41, 2013, p. 47.

Chapitre 1 : Le juge de la constitutionnalité : un acteur du processus électoral

Le juge de la constitutionnalité intervient dans le processus électoral à titre préventif. En ce sens, il doit contrôler des dispositions que le juge électoral applique. Le juge de la constitutionnalité tente de purger le contentieux électoral des motifs d'inconstitutionnalité. Les décisions DC sont un préalable aux décisions du juge des élections. Ainsi, les deux offices se sont pas indépendants l'un de l'autre mais se complètent. En ce sens, l'office de juge de la constitutionnalité sollicité n'envahit pas l'office de juge électoral. *A contrario,* les deux offices cohabitent pour assurer une cohérence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le juge de la constitutionnalité adopte des interprétations que le juge électoral utilisera. Inversement, les positions du juge électoral sont reprises par le juge de la constitutionnalité. Une illustration le prouve avec les cas d'inéligibilités des élus ou des candidats. Depuis le début de la V^{ème} République, le Conseil constitutionnel a adopté une jurisprudence constante en la matière. En tant que juge des élections, il a admis pour la première fois en 1967 que « toute inéligibilité, qui a pour effet d'apporter une atteinte à la liberté des candidatures, doit être interprétée restrictivement »[1921]. Deux années plus tard, le juge électoral va plus loin puisqu'il vise « toute limitation à l'exercice d'un droit civique »[1922]. Depuis lors, le juge électoral reprend très souvent cette formulation[1923].

Dans une décision DC du 12 avril 2011[1924], le juge de la constitutionnalité devait se prononcer sur un article consacrant les fonctions qui entraînent une inéligibilité temporaire[1925]. À cette occasion, il adopte une réserve d'interprétation[1926] dont la formulation est similaire à celle du juge électoral. En effet, pour que cet article soit conforme à l'article 6 de la DDHC, il

[1921] Ce principe posé pour la première fois à l'occasion de la décision n° 67-479 AN du 11 mai 1967 (A.N., Alpes-Maritimes, 5ème circ., *Journal officiel* du 21 mai 1967, p. 5006, cons. 3) et a été repris dans 85 décisions la même année. Voir par exemple la décision n° 67-471 AN du 25 mai 1967 (A.N., Pas-de-Calais, 4ème circ., *Journal officiel* du 4 juin 1967, p. 5531, cons. 3) ou encore décision n° 67-365/375 AN du 12 juillet 1967 (A.N., Corse 1ère circ., *Journal officiel* du 22 juillet 1967, p. 7384, cons. 6).

[1922] Décision n° 69-18 PDR du 17 mai 1969, Décision du 17 mai 1969 portant sur une réclamation présentée par M. DUCATEL contre l'établissement de la liste des candidats à la Présidence de la République, *Journal officiel* du 18 mai 1969, p. 4975.

[1923] Décision n° 88-1113 AN du 8 novembre 1988, A.N., Seine-Saint-Denis (6ème circ.), *Journal officiel* du 9 novembre 1988, p. 14068, cons. 4 ;

[1924] Décision n° 2011-628 DC du 12 avril 2011, Loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs, *Journal officiel* du 19 avril 2011, p. 6836, texte n° 4.

[1925] Article 1er de la loi organique n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs, *Journal officiel* n°0092 du 19 avril 2011, p. 6826.

[1926] Le dispositif prévoit à l'article 1er de la décision n° 2011-628 DC du 12 avril 2011 : « sous la réserve énoncée au considérant 6, l'article 1er de la loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs est conforme à la Constitution ».

est nécessaire que ses dispositions soient « d'interprétation stricte »[1927]. Ensuite, cette réserve est reprise, en 2018[1928], par le juge électoral à l'occasion d'une contestation de l'élection d'un député. Cette fois, il reprend la formulation du juge de la constitutionnalité. Ces offices ne sont donc pas étanches, le cloisonnement entre les deux est inexistant. Les interactions vont même plus loin. En ce sens, le juge de la constitutionnalité permet l'organisation de scrutins respectueux des règles démocratiques (Section 1). Le contentieux de la constitutionnalité est, par conséquent, intimement lié à celui des élections (Section 2).

Section 1 : Des scrutins fondés sur des bases démocratiques grâce au juge de la constitutionnalité

En contrôlant la constitutionnalité des lois relatives à la matière électorale, le juge de la constitutionnalité intervient dans le déroulement des élections. « Au-dessus des partis, le Conseil constitutionnel (…) [a] également le devoir de préserver la démocratie et le principe républicain »[1929]. Le juge de la constitutionnalité intervient dans le processus électoral en veillant à ce que l'organisation des scrutins soit respectueuse des bases démocratiques. D'autant que protéger les bases démocratiques revient à protéger les droits des citoyens[1930].

Historiquement, l'élection est admise comme étant l'un des moyens les plus justes de représenter les citoyens[1931]. Toutefois, la représentation doit être conforme aux vœux du corps électoral. La souveraineté nationale constitue en ce sens le socle de la représentation politique. D'ailleurs, le juge de la constitutionnalité, en 1976, affirme que « la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République »[1932]. En d'autres termes, les représentants sont désignés par la Nation, seule détentrice de la souveraineté. Les représentants doivent être élus en respectant les principes inhérents à la démocratie. Ces principes sont protégés par le juge de la

[1927] Considérant 6 de la décision n° 2011-628 DC du 12 avril 2011.
[1928] Décision n°2017-5090 AN du 2 février 2018, A.N., La Réunion (6ème circ.), Mme Monique ORPHÉ, *Journal officiel* n°0030 du 6 février 2018 texte n° 40.
[1929] I. Richir, *Le Président de la République et le Conseil constitutionnel*, Puf, 1998, p. 151.
[1930] CEDH, 7 décembre 2006, Linkov c. République Tchèque, n° 10504/03, §39. Voir Y. Lécuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2009, p. 117.
[1931] L. Fonbaustier, « Élection » *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 604.
[1932] Décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, *Journal officiel* du 31 décembre 1976, p. 7651, cons. 6.

constitutionnalité. Ainsi, le juge de la constitutionalité a un rôle dans l'organisation (§1), voire même dans la tenue des scrutins (§2).

§1 : La contribution du juge de la constitutionnalité préalable aux scrutins

Avant la tenue des scrutins, le contrôle du juge de la constitutionnalité est parfois requis. En ce sens, il contribue à l'organisation des scrutins. Son apport est différent d'un scrutin à un autre. Il peut être amené à contrôler des textes législatifs qui organisent la campagne électorale. Dans ce cas, son contrôle est précieux puisqu'il veille à l'égalité de traitement des candidats. Son objectif est d'éviter qu'un ou des candidats soit favorisé (A). Le contrôle du juge de la constitutionnalité est également indispensable pour l'organisation d'un référendum d'initiative partagée (B). Grâce à l'intervention en amont du juge de la constitutionnalité, les scrutins sont respectueux des règles démocratiques.

A. La régulation du temps de parole des candidats assurée par le juge de la constitutionnalité

Le juge de la constitutionnalité veille à la régulation du temps de parole des candidats. Pourtant, ceci est surtout l'apanage du juge électoral comme en témoigne la jurisprudence[1933] qui « analyse, classiquement, avec beaucoup de précision les déséquilibres en matière de temps d'antenne »[1934]. Néanmoins, le juge de la constitutionnalité intervient en la matière. En ce sens, il cherche à préserver la clarté du débat électoral en l'érigeant au rang de principe de valeur constitutionnelle[1935]. Ce principe, considéré comme « énigmatique »[1936], suscitant des interrogations[1937], apparaît en 2007[1938] dans les observations du Conseil constitutionnel relatives à l'élection présidentielle. Le conseiller estime en effet, à cette occasion, que le

[1933] Décision n° 97-2230 AN du 6 février 1998, A.N., Yvelines (11ème circ.), *Journal officiel* du 11 février 1998, p. 2190 ; Décision n° 97-2175 AN du 28 octobre 1997, A.N., Hautes-Alpes (2ème circ.), *Journal officiel* du 30 octobre 1997, p. 15783, cons. 1 ; Décision n° 93-1249 AN du 4 novembre 1993, A.N., Réunion (2ème circ.), *Journal officiel* du 14 novembre 1993, p. 15743, cons. 2 ; Décision n° 89-1129 AN du 11 mai 1989, A.N., Bouches-du-Rhône (6ème circ.), *Journal officiel* du 14 mai 1989, p. 6165.
[1934] J.-P. Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, *op. cit.*, p. 100.
[1935] Dans sa décision n° 2016-729 DC du 21 avril 2016, Loi organique de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle, *Journal officiel* n°0098 du 26 avril 2016 texte n° 4. Voir en ce sens : R. Rambaud, « La nouvelle élection européenne », *AJDA*, 2018, p. 1670.
[1936] P.-Y. Gadhoun, « Note sous la décision n° 2017-172 PDR du 20 juillet 2017 », *NCCC*, n° 53, 2016, p. 159.
[1937] R. Rambaud, *Le droit des campagnes électorales*, LGDJ, 2016, p. 84.
[1938] Décision n° 2007-142 PDR du 7 juin 2007, Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2007, *Journal officiel* du 12 juin 2007, p. 10247, texte n° 37.

« nombre élevé de candidats a pu affecter la clarté du débat électoral, notamment dans le cadre de la campagne radio-télévisée, en raison de l'exigence légale d'une stricte égalité entre les candidats »[1939]. En 2012[1940], le principe de clarté du débat électoral resurgit et serait surtout méconnu dans le cadre de la campagne audiovisuelle. Néanmoins, c'est à partir de 2016 que le juge de la constitutionnalité y montre son attachement. À ce titre, les campagnes électorales doivent être organisées de façon à respecter la répartition du temps de parole des candidats comme il l'avait déjà précisé en 2000[1941] : « la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuels n'était pas à même de disposer (…) de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractère différent dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information ».

Cette répartition doit être équitable[1942] de façon à permettre la « préservation du pluralisme et de "l'équilibre des différents courants d'expression" »[1943] qui, avant d'être consacré expressément par le constituant en 2008[1944], était un objectif de valeur constitutionnelle[1945]. C'est sur ce fondement que certaines dispositions[1946] de l'article L. 167-1 du code électoral ont été récemment censurées[1947]. Ces dispositions, relatives aux élections législatives, répartissaient inégalement le temps de parole sur les antennes du service public de la communication audiovisuelle en opérant une distinction selon que le parti ou le groupement politique disposait ou non d'un groupe parlementaire à l'Assemblée nationale. Ceux qui l'étaient, bénéficiaient d'une durée d'émission de trois heures, pour le premier tour, et d'une heure trente pour le second tour. En revanche, les partis non représentés voyaient leur temps de parole limité à sept minutes pour le premier tour et à cinq minutes pour le second tour. En conséquence, la disproportion était manifeste puisqu'un parti représenté au sein de la chambre basse bénéficiait d'un temps de parole plus de vingt-cinq fois supérieures à ceux qui ne l'étaient pas. Le juge de

[1939] Décision n° 2007-142 PDR du 7 juin 2007.
[1940] Décision n° 2012-155 PDR du 21 juin 2012, Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2012, *Journal officiel* du 23 juin 2012, p. 10354, texte n° 65.
[1941] Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *Journal officiel* du 2 août 2000, p. 11922, cons. 9.
[1942] P. Jan, « La campagne officielle des élections législatives saisie par l'équité », *JCP G*, n°28, 2017, p. 802.
[1943] Décision n° 2004-497 DC du 1 juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, *Journal officiel* du 10 juillet 2004, p. 12506, texte n° 2, cons. 10.
[1944] Un nouvel alinéa a été inséré au sein de l'article 4 de la Constitution qui dispose désormais que « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ».
[1945] Décision n° 2004-497 DC du 1 juillet 2004.
[1946] Les paragraphes II et III de l'article L. 167-1 du code électoral.
[1947] Décision n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017, Association En marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives], *Journal officiel* n°0128 du 1er juin 2017, texte n° 25.

la constitutionnalité a donc considéré que la disposition législative violait l'article 4, alinéa 3 de la Constitution[1948].

Dans une démocratie représentative, les partis politiques bénéficient d'une égalité de traitement : aucun parti ne doit être avantagé par rapport à un autre[1949]. À ce titre, le juge de la constitutionnalité prévoit quel sera le temps de parole du parti politique requérant. Il est ainsi un acteur du processus électoral. En effet, non seulement il censure une disposition relative aux campagnes électorales mais, en l'espèce, il en prévoit une nouvelle.

La Constitution consacre les abrogations différées en vertu de l'article 62, alinéa 2[1950]. Un temps est laissé au législateur pour intervenir. Le juge de la constitutionnalité peut ainsi reporter l'abrogation de la loi d'une part et prévoir d'autre part, selon une technique nouvelle[1951], quelle sera l'interprétation de la loi déclarée inconstitutionnelle. Le Conseil constitutionnel qualifie cela de « réserves d'interprétation transitoires »[1952] ou de « réserves transitoires »[1953]. Il n'est donc plus seulement un législateur sous un signe négatif. Au contraire, il réécrit la loi[1954]. Le juge de la constitutionnalité fournit ainsi des mesures pour surmonter

[1948] Considérant 11 de la décision n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017.

[1949] F. Hamon, « Le statut des partis politiques » *in* D. Chagnollaud et M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 2, *op. cit.*, p. 435.

[1950] « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

[1951] Apparue pour la première fois avec la décision n° 2014-400 QPC du 6 juin 2014, Société Orange SA [Frais engagés pour la constitution des garanties de recouvrement des impôts contestés], *Journal officiel* du 8 juin 2014, p. 9674, texte n° 30. L'article L. 209 du livre des procédures fiscales a été reconnu comme étant inconstitutionnel. Le Conseil a décidé de prévoir une alternative en attendant une intervention du législateur : « les frais de constitution de garanties engagés à l'occasion d'une demande de sursis de paiement (…) sont imputables soit sur les intérêts « moratoires » (…) soit sur les intérêts « de retard » (…) dus en cas de rejet, par la juridiction saisie, de la contestation de l'imposition » (Cons. 11). Cette nouvelle formulation a été appliquée entre le 6 juin 2014 et le 1er janvier 2015. D'ailleurs, sur le site de Légifrance, il est précisé que l'article L. 209 du livre des procédures fiscales a été « modifié par la Décision n°2014-400 QPC du 6 juin 2014 ».
Il renouvelle cette technique dans sa décision n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014, Époux M. [Régime fiscal applicable aux sommes ou valeurs reçues par l'actionnaire ou l'associé personne physique dont les titres sont rachetés par la société émettrice], *Journal officiel* du 22 juin 2014, p. 10315, texte n° 35.

[1952] « Commentaire de la décision n° 2014-457 QPC du 20 mars 2015 », p. 8, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2014457qpc/2014457qpc_ccc.pdf.

[1953] « Commentaire de la décision n°2016-590 QPC du 21 octobre 2016 », p. 12, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2016590qpc/2016590qpc_ccc.pdf.
Voir aussi, « Commentaire de la décision n° 2018-763 QPC du 8 février 2019 », p. 10, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018763qpc/2018763qpc_ccc.pdf.

[1954] À l'occasion de la décision n° 2019-773 QPC du 5 avril 2019 (Société Uber B.V. et autre [Frais irrépétibles devant les juridictions pénales II], *Journal officiel* n°0082 du 6 avril 2019, texte n° 91) : le Conseil constitutionnel a formulé des réserves d'interprétation transitoires. En effet, il a reporté les effets de l'abrogation mais a souhaité faire cesser l'inconstitutionnalité. Considérant 11 : « Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter

l'abrogation différée, il est « quasi-législateur »[1955]. Dans sa décision QPC du 31 mai 2017[1956], il précise quelles sont les dispositions qui s'appliquent temporairement[1957]. Tout en reportant l'abrogation, le juge précise que les durées des émissions, auxquelles participent les groupes parlementaires non représentés à l'Assemblée nationale, doivent être augmentées eu égard aux disproportions existantes avec ceux qui y sont représentés. Néanmoins, les émissions ne doivent pas excéder trente-cinq minutes pour le premier tour et vingt-cinq minutes pour le second[1958]. Les « réserves d'interprétation transitoires sont le fruit de l'imaginaire du juge qui doit penser et créer de toutes pièces un cadre normatif provisoire »[1959]. De la sorte, le juge de la constitutionnalité veille à l'égalité de traitement des candidats à l'occasion de la campagne électorale. Dans cette hypothèse, le juge de la constitutionnalité contribue à l'organisation des scrutins, il veille au respect de l'égalité de traitement des candidats. Le juge de la constitutionnalité n'ignore donc pas la matière électorale. Il en est également ainsi lorsqu'il contrôle la proposition de loi soumise à un référendum d'initiative partagée.

B. Le contrôle de la constitutionnalité d'une proposition de loi référendaire

Le rôle du Conseil constitutionnel dans le cadre d'un référendum d'initiative partagée sollicite deux de ses offices : celui du juge de la constitutionnalité et celui du juge électoral. Si l'intervention du juge électoral est évidente puisqu'il s'agit d'organiser un scrutin, celle du juge de la constitutionnalité apparaît plus originale. Son examen de constitutionnalité est indispensable et il constitue une condition de la procédure référendaire prévue à l'article 11, alinéa 3 de la Constitution.

---

de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger, pour les décisions rendues par les juridictions pénales après cette date, que les dispositions du premier alinéa de l'article 800-2 du code de procédure pénale doivent être interprétées comme permettant aussi à une juridiction pénale prononçant une condamnation ou une décision de renvoi devant une juridiction de jugement, d'accorder à la personne citée comme civilement responsable, mais mise hors de cause, une indemnité au titre des frais non payés par l'État et exposés par celle-ci ».

[1955] A.-C. Bezzina, « Le Conseil constitutionnel, quasi-législateur fiscal ? », *RFFP*, n°129, 2015, p. 185.

[1956] Décision n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017, Association En marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives], *Journal officiel* n°0128 du 1er juin 2017 texte n° 25.

[1957] J.-P. Camby, « Expressions pluralistes des opinions et campagne officielle pour les élections législatives », *LPA*, n° 119, 2017, p. 12.

[1958] Conformément au considérant 15 de la décision n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017 et à l'article L. 167-1, paragraphe III du code électoral.

[1959] D. Rousseau, P.-Y. Gadhoun et J. Bonnet, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2015) », *RDP*, n° 1, 2016, p. 305.

Le référendum d'initiative partagée est né de la révision constitutionnelle de 2008[1960]. La nouvelle mouture de l'article 11, alinéa 3, de la Constitution dispose que : « un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an ». L'intervention du Conseil constitutionnel est prévue à l'alinéa 4 du même article[1961]. Toutefois, il se réfère à une loi organique. Cette dernière a été adoptée en 2013 et prévoit les conditions de saisine et d'examen de la Haute instance[1962].

L'office du juge de la constitutionnalité examine la constitutionnalité de la proposition de loi. Le Conseil constitutionnel est saisi dans des conditions similaires à l'article 61, alinéa 2 de la Constitution. En effet, le Président de l'assemblée concernée transmet la proposition de loi à la Haute instance[1963]. À cette occasion, le contrôle du Conseil constitutionnel est multiple.

Il vérifie d'abord « que la proposition de loi est présentée par au moins un cinquième des membres du Parlement »[1964]. Il s'agit « *stricto sensu* (…) d'un référendum d'initiative parlementaire »[1965] puisque le constituant « a réservé aux membres du Parlement le pouvoir d'initiative d'une telle proposition de loi »[1966]. Ce cinquième est calculé en fonction du nombre de sièges effectivement pourvus[1967] à la date de saisine du Conseil constitutionnel. Les conditions de forme étaient mises en avant par le juge de la constitutionnalité[1968]. Lorsqu'il est saisi pour contrôler la conformité d'une loi ordinaire à la Constitution, le juge de la constitutionnalité veille aussi à la régularité de la saisine : le nombre de soixante sénateurs ou

[1960] Article 4 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V[ème] République, *Journal officiel* n°0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.
[1961] « Les conditions de sa présentation et celles dans lesquelles le Conseil constitutionnel contrôle le respect des dispositions de l'alinéa précédent sont déterminées par une loi organique ».
[1962] Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution, publiée au *Journal officiel* n°0284 du 7 décembre 2013, p. 19937.
[1963] Article 1[er] de la loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution : « une proposition de loi présentée par des membres du Parlement en application du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution est déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale ou du Sénat en vue de sa transmission au Conseil constitutionnel. La proposition de loi est transmise au Conseil constitutionnel par le président de l'assemblée saisie. Aucune signature ne peut plus être ajoutée ou retirée ».
[1964] Premièrement de l'article 45-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.
[1965] C. Geslot, « La mise en œuvre du référendum d'initiative minoritaire », *AJDA*, 2014, p. 893.
[1966] Décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution, *Journal officiel* du 7 décembre 2013, p. 19955, texte n° 6, cons. 4.
[1967] Si tous les sièges sont pourvus par les deux assemblées, le nombre de parlementaires est de 925. Le cinquième représente donc 185 parlementaires.
[1968] Décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, cons. 13.

soixante députés doit être atteint. Dans le cas contraire, la saisine serait irrecevable[1969]. À cet égard, il a déjà refusé de se prononcer car le minimum requis pour le saisir n'était pas obtenu[1970].

Après vérification du seuil, le juge de la constitutionnalité s'attarde sur l'objet de la proposition de loi. Ce dernier ne doit pas être identique à une autre proposition ou projet de loi soumis à référendum durant les deux dernières années[1971]. Cet examen est formel et ne peut être assimilé à un contrôle de constitutionnalité. En revanche, le législateur organique a prévu expressément un examen de conformité à la Constitution de la proposition de loi[1972] : le juge de la constitutionnalité joue un rôle préalablement à l'organisation d'un scrutin. La proposition de loi est examinée vis-à-vis de l'article 11 de la Constitution. Le juge de la constitutionnalité contrôle à ce titre l'objet de la proposition de loi[1973]. Ce dernier doit porter « sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions »[1974]. Une proposition de loi, sur ce fondement, ne pourrait donc pas entraîner une révision de la Constitution. Ainsi, dans le cadre d'un référendum d'initiative partagée, la révision de la Constitution sur le fondement de l'article 11, à la manière de 1962[1975], ne pourrait pas se reproduire.

[1969] M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 88.

[1970] Deux saisines peuvent avoir lieu sur une même loi. Toutefois, dans l'hypothèse où la deuxième saisine porte sur des dispositions que la première n'a pas contesté, les parlementaires requérants doivent être au minimum soixante. Voir en sens les décisions n° 77-89 DC du 30 décembre 1977, Loi de finances pour 1978 et notamment ses articles premier et 38 ainsi que l'état A annexé, *Journal officiel* du 31 décembre 1977, p. 6385, cons. 3 ; n° 81-133 DC du 30 décembre 1981, Loi de finances pour 1982, *Journal officiel* du 31 décembre 1981, p. 3609, cons. 3 ; n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, *Journal officiel* du 16 novembre 1999, p. 16962, cons. 3.

[1971] Alinéa 6 de l'article 11 de la Constitution : « lorsque la proposition de loi n'est pas adoptée par le peuple français, aucune nouvelle proposition de référendum portant sur le même sujet ne peut être présentée avant l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date du scrutin ».

[1972] En vertu de l'article 45-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « le Conseil constitutionnel vérifie, dans le délai d'un mois à compter de la transmission de la proposition de loi (…) que son objet respecte les conditions posées aux troisième et sixième alinéas de l'article 11 de la Constitution, les délais qui y sont mentionnés étant calculés à la date d'enregistrement de la saisine par le Conseil constitutionnel ».

[1973] Conformément à l'alinéa 3, de l'article 11 de la Constitution : « un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an ».

[1974] Alinéa 1er de l'article 11 de la Constitution.

[1975] Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publiée au *Journal officiel* du 7 novembre 1962, p. 10762.

De plus, le Conseil constitutionnel contrôle la conformité de la proposition de loi à l'ensemble de la Constitution. En effet, « aucune disposition de la proposition de loi »[1976] ne doit être contraire au texte suprême. Le juge de la constitutionnalité a d'ailleurs ajouté, dans sa décision de 2013, que la proposition de loi en vue d'un référendum d'initiative partagée n'est recevable qu'à la condition qu'elle ne diminue pas une ressource ni n'aggrave une charge publique. En ce sens, la proposition de loi de l'article 11, alinéa 3 de la Constitution est soumise aux mêmes obstacles juridiques à caractère financier, à savoir le respect de l'article 40 de la Constitution[1977], que les propositions de loi ordinaires. « Dès lors que la Constitution indique clairement que la proposition de l'article 11 alinéa 3, prend la forme d'une proposition de loi, le Conseil en tire toutes les conséquences procédurales que cela implique notamment au regard du respect de l'article 40 de la Constitution »[1978]. Sur ce point, le juge de la constitutionnalité a émis une réserve d'interprétation. Il supplée au silence du législateur organique en prévoyant qu'une irrecevabilité financière est opposable à la proposition de loi du référendum d'initiative partagée. Toutefois, étant donné que « la transmission de la proposition de loi au Conseil constitutionnel a pour effet de suspendre la procédure parlementaire d'examen de la proposition de loi », le juge de la constitutionnalité devra se prononcer « sur la conformité à la Constitution d'une telle proposition de loi avant toute discussion devant les assemblées ». Ainsi, la jurisprudence constante relative aux irrecevabilités financières ne peut pas être applicable[1979]. En conséquence, « même si la question de sa recevabilité financière n'a pas été soulevée au préalable » par les parlementaires, il revient au Conseil constitutionnel « d'examiner à ce stade

[1976] Troisièmement de l'article 45-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

[1977] « Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ».

[1978] É. Oliva, « « "Initiative partagée" et protection constitutionnelle des finances publiques », *RFDC*, n° 99, 2014, p. 678.

[1979] Le Conseil constitutionnel exige le respect de la règle du préalable parlementaire. En vertu de sa décision n° 77-82 DC du 20 juillet 1977 (Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes relatives à la coopération intercommunale et notamment de ses articles 2, 4, 6 et 7, *Journal officiel* du 22 juillet 1977, p. 3885), le contrôle de la recevabilité financière de l'article 40 de la Constitution « doit être mis en œuvre au cours des débats parlementaires » (cons. 2). En outre, une contestation de ce moyen doit être soulevée devant la première chambre saisie de l'initiative (décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales, *Journal officiel* du 15 janvier 1994, p. 829 ; décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, *Journal officiel*, 16 novembre 1999, p. 16962 ; décision n° 2012-654 DC du 9 août 2012, Loi de finances rectificative pour 2012 (II), *Journal officiel* du 17 août 2012, p. 13496, texte n° 2).
Voir en ce sens : J.-F. Kerléo, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de l'article 40 de la Constitution », *RFDC*, n°99, 2014, p. 529.

[l]a conformité [de la proposition de loi] à l'article 40 de la Constitution »[1980]. La proposition de loi doit donc être conforme à l'ensemble de la Constitution et pas uniquement à l'article 11.

Une fois saisi d'une proposition de loi, le Conseil constitutionnel ne peut plus être dessaisi par des parlementaires[1981]. Ainsi, le juge de la constitutionnalité se prononce même si quelques députés ou sénateurs souhaiteraient, après coup, se désister. Sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, le juge de la constitutionnalité a adopté une jurisprudence similaire dans une décision de 1996[1982].

En conséquence, le contrôle de la proposition de loi opéré par le Conseil constitutionnel permet à ce dernier d'exploiter son office de juge de la constitutionnalité. Ajoutons que sur le site du Conseil constitutionnel, il est explicitement mentionné, qu'en de telles circonstances, le Conseil rend une « décision DC ». Sa décision doit, de surcroît, être motivée[1983] et bénéficie de l'autorité de la chose jugée[1984]. Toutefois, une spécificité est notable : si une disposition est inconstitutionnelle, la proposition de loi ne pourrait pas survivre. En d'autres termes, la disposition inconstitutionnelle n'est pas détachable des autres dispositions de la proposition de loi. Cette position résulte, selon le commentaire de la décision de 2013 relative au contrôle de la loi organique portant sur le référendum d'initiative partagée[1985], de l'article 45-2[1986] de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. « Cette différence s'explique par le fait qu'une fois la décision du Conseil constitutionnel rendue, la procédure de recueil des soutiens débutera sans que les parlementaires à l'origine de la proposition ne puissent y faire obstacle »[1987]. Dans ce contexte, le juge de la constitutionnalité joue le rôle de « filtre »[1988]. Toutefois, rien n'empêche les parlementaires de purger la

[1980] Décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, cons. 8.
[1981] Décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, cons. 9.
[1982] Décision n° 96-386 DC du 30 décembre 1996, Loi de finances rectificative pour 1996, *Journal officiel* du 31 décembre 1996, p. 19567, cons. 4 : « aucune disposition de la Constitution non plus que de la loi organique relative au Conseil constitutionnel ne permet aux autorités ou parlementaires habilités à déférer une loi au Conseil constitutionnel de le dessaisir en faisant obstacle à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité engagé ».
[1983] Article 45-3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « le Conseil constitutionnel statue par une décision motivée, qui est publiée au Journal officiel. S'il déclare que la proposition de loi satisfait aux dispositions de l'article 45-2, la publication de sa décision est accompagnée de la publication du nombre de soutiens d'électeurs à recueillir ».
[1984] « Commentaire de la décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013 », p. 9, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013681dc/ccc_681dc.pdf.
[1985] *Ibid.*
[1986] « Le Conseil constitutionnel vérifie, dans le délai d'un mois à compter de la transmission de la proposition de loi : (…) 3° Et qu'aucune disposition de la proposition de loi n'est contraire à la Constitution ».
[1987] « Commentaire de la décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013 », p. 9, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013681dc/ccc_681dc.pdf.
[1988] C. Tukov, « Une touche finale apportée par le Conseil constitutionnel à un tableau en "trompe-l'œil"? », *JCP G*, n° 52, 2013, p. 2368.

proposition de loi de ses inconstitutionnalités et d'en déposer une nouvelle dont l'objet serait identique[1989].

Cette nouvelle compétence conduit le juge de la constitutionnalité à contrôler, en amont, la constitutionnalité d'une proposition de loi qui serait soumise à référendum. Il s'agit d'éviter l'adoption d'une proposition de loi inconstitutionnelle. À ce stade, le Conseil ne contrôle pas un acte d'expression de la souveraineté. Mais ce n'est qu'« une première étape, encore embryonnaire, d'une procédure susceptible d'aboutir à une telle expression »[1990]. Une fois approuvée par le corps électoral, la proposition deviendrait une loi référendaire. Or, ces lois sont dotées d'une immunité contentieuse puisque le juge de la constitutionnalité refuse d'opérer un quelconque contrôle[1991]. En prévoyant un examen de constitutionnalité de façon préventive, le constituant de 2008 et le législateur organique ont veillé à se prémunir d'une future loi référendaire inconstitutionnelle. Le juge de la constitutionnalité dispose à cet égard de « la faculté d'empêcher »[1992].

Ainsi, la décision du juge de la constitutionnalité est un préalable nécessaire pour l'organisation d'une consultation. Après cette décision, les électeurs ont neuf mois pour soutenir la proposition de loi[1993]. Le seuil est atteint dès lors que les soutiens dépassent le dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales[1994]. Une fois encore, c'est au Conseil constitutionnel qu'il revient de déclarer si la proposition de loi a obtenu le nombre de soutiens requis[1995]. Ensuite, les assemblées ont six mois pour examiner la proposition de loi. À défaut d'examen, le Président de la République devra la soumettre à référendum[1996]. Le Chef de l'État est dans une situation de compétence liée.

[1989] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit*., p. 154.
[1990] M. Verpeaux, « Le nouveau référendum : mythe et réalités », *JCP G*, n°85, 2014, p. 219.
[1991] Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, *Journal officiel* du 7 novembre 1962, p. 10778.
[1992] R. Bourrel, « La loi organique relative à l'article 11 de la Constitution enfin adoptée... et validée par le Conseil constitutionnel à propos de la décision n°2013-681 DC du 5 décembre 2013, loi organique portant application de l'article 11 de la constitution », *JCP A*, n°51, 2013, p. 3.
[1993] D'après le II de l'article 4 de la loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution : « la durée de la période de recueil des soutiens est de neuf mois ».
[1994] Article 11, alinéa 3 de la Constitution.
[1995] En vertu de l'article 45-6 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « le Conseil constitutionnel déclare si la proposition de loi a obtenu le soutien d'au moins un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Sa décision est publiée au Journal officiel ».
[1996] Article 9 de la loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution : « si la proposition de loi n'a pas été examinée au moins une fois par chacune des deux assemblées parlementaires dans un délai de six mois à compter de la publication au Journal officiel de la décision du Conseil constitutionnel déclarant qu'elle a obtenu le soutien d'au moins un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales, le Président de la République la soumet au référendum ».

La décision du Conseil constitutionnel est donc indispensable pour poursuivre la procédure prévue à l'article 11 de la Constitution. En plus du juge de la constitutionnalité, le juge électoral se manifeste. Son intervention n'est pas surprenante. Toutefois, dans le cadre du référendum d'initiative partagée, il n'agit pas en premier ressort. C'est une formation de jugement spéciale, composée de trois membres désignés par le Conseil constitutionnel « parmi les magistrats de l'ordre judiciaire ou les membres des juridictions administratives »[1997], qui connaît des contestations et réclamations formulées pendant la période de recueil des soutiens ou dix jours après sa clôture. Elle détient des compétences comparables à celles que le Conseil constitutionnel exerce en vertu de l'article 60 de la Constitution[1998]. En revanche, les décisions de la formation sont susceptibles d'un recours devant le Conseil constitutionnel. Le juge électoral n'intervient donc qu'en appel des décisions de la formation[1999].

Le Conseil constitutionnel, en tant que juge de la constitutionnalité, contrôle ainsi la conformité à la Constitution de la proposition de loi pour l'organisation d'un référendum d'initiative partagée. Plus qu'une collaboration, le juge de la constitutionnalité joue un rôle dans l'organisation des scrutins. Il évite qu'une proposition de loi inconstitutionnelle soit soumise à référendum et exige que l'égalité des candidats à une élection soit respectée. La période précédant les scrutins peut donc être examinée par le juge de la constitutionnalité. Ce dernier participe même à la préservation de la sincérité des scrutins.

§2 : La sincérité des scrutins préservée par le juge de la constitutionnalité

En contrôlant la constitutionnalité des dispositions législatives relatives à la matière électorale, le juge de la constitutionnalité protège la sincérité des scrutins. À ce titre, il veille à

[1997] Article 45-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

[1998] « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats ».

[1999] D'ailleurs les moyens qu'il détient sont comparables. En vertu de l'article 45-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Le Conseil constitutionnel peut ordonner toute enquête et se faire communiquer tout document ayant trait aux opérations de recueil des soutiens à une proposition de loi. Le ministre de l'intérieur communique au Conseil constitutionnel, à sa demande, la liste des soutiens d'électeurs recueillis.
Le Conseil constitutionnel fait appel, pour l'exercice de ses fonctions, aux services compétents de l'Etat.
Il peut désigner des rapporteurs adjoints choisis parmi les maîtres des requêtes du Conseil d'Etat et les conseillers référendaires à la Cour des comptes. Les rapporteurs adjoints n'ont pas voix délibérative.
Il peut désigner des délégués parmi les magistrats de l'ordre judiciaire ou les membres des juridictions administratives, y compris honoraires, ainsi que des experts, afin de l'assister dans ses fonctions.
Il peut commettre un de ses membres ou un délégué pour recevoir sous serment les déclarations des témoins ou pour diligenter sur place d'autres mesures d'instruction ».

la périodicité des élections (A). En outre, il préserve l'expression du suffrage ce qui permet d'empêcher une annulation globale des élections par le juge électoral (B).

A. Le contrôle relatif à la périodicité des élections

Le renouvellement régulier des représentants est une nécessité électorale contrôlée par le juge de la constitutionnalité. Ce dernier l'a précisé dans une décision de 1990[2000] : il est indispensable que « les électeurs soient appelés à exercer selon une périodicité raisonnable leur droit de suffrage »[2001]. À cette époque, il se référait aux principes d'ordre constitutionnels mais aucun article de la Constitution n'était expressément visé.

En 2001[2002], le législateur organique a modifié l'article L.O. 121 du code électoral. Avant cette réforme, la loi organique de 1995 prévoyait que, sauf en cas de dissolution, « les pouvoirs de l'Assemblée nationale expirent le premier mardi d'avril de la cinquième année qui suit son élection »[2003]. Le Président Chirac dissout l'Assemblée nationale le 21 avril 1997[2004]. En vertu de l'article 12, alinéa 2 de la Constitution qui prévoit que « les élections générales ont lieu vingt jours au moins et quarante jours au plus après la dissolution », des élections sont organisées les 25 mai et 1er juin 1997[2005]. En tenant compte des diverses exigences du droit électoral[2006], les élections législatives suivantes auraient donc dû se tenir le dimanche 3 février 2002 et le dimanche 24 mars 2002. La prochaine élection présidentielle aurait eu lieu, quant à elle, entre le dimanche 3 février 2002 et le dimanche 24 mars 2002[2007],

[2000] Décision n° 90-280 DC du 6 décembre 1990, Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux, *Journal officiel* du 8 décembre 1990, p. 15086.
[2001] Considérant 8 de la décision n° 90-280 DC du 6 décembre 1990.
[2002] Décision n° 2001-444 DC du 9 mai 2001, Loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale, *Journal officiel* du 16 mai 2001, p. 7806.
[2003] Article 1 de la loi organique n° 95-1292 du 16 décembre 1995 prise pour l'application des dispositions de la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 qui instituent une session parlementaire ordinaire unique, publiée au *Journal officiel* n°295 du 20 décembre 1995, p. 18423.
[2004] Décret du 21 avril 1997 portant dissolution de l'Assemblée nationale publié au *Journal officiel* n°94 du 22 avril 1997, p. 6067.
[2005] Articles 5 et 1 du décret n°97-376 du 21 avril 1997 portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale et fixant le déroulement des opérations électorales dans les départements, les territoires d'outre-mer et les collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon publié au *Journal officiel* n°94 du 22 avril 1997, p. 6067.
[2006] Articles LO. 121 du code électoral, dans sa version issu de la loi organique du 16 décembre 1995 : « Les pouvoirs de l'Assemblée nationale expirent le premier mardi d'avril de la cinquième année qui suit son élection » ; article LO. 122 : « Sauf le cas de dissolution, les élections générales ont lieu dans les soixante jours qui précèdent l'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale » ; article L. 55: « [Le scrutin] a lieu un dimanche » ; L. 56 : « En cas de deuxième tour de scrutin, il y est procédé le dimanche suivant le premier tour ».
[2007] P. Mbongo, « Le "calendrier électoral" de 2002 devant le Conseil constitutionnel » *D.*, 2001, p. 2214.

en vertu de l'article 7, alinéa 3 de la Constitution[2008] et de la passation de pouvoirs entre le président en fonction et le président élu[2009].

Or, « faire en sorte que les élections législatives précèdent le scrutin présidentiel ne portera[it] pas atteinte à nos institutions mais perturbera[it] le jeu normal de nos institutions, à un moment où le débat politique exige une grande transparence (…) il importe [donc] de tout faire pour permettre à cette majorité d'émerger dans les meilleures conditions »[2010]. Pour poursuivre cet objectif, le législateur organique choisit alors de proroger, de quelques semaines, le mandat des députés élus en 1997 jusqu'au « troisième mardi de juin »[2011]. Malgré les critiques de la doctrine, à l'instar du Doyen Favoreu, qui considère que « la libre fixation de la durée du mandat d'une assemblée politique n'est concevable qu'avant le début de ce mandat »[2012], cette exception a été validée par le juge de la constitutionnalité. En effet, selon lui, « la loi soumise à [son] examen (…) n'a pas pour objet d'allonger de façon permanente la durée du mandat des députés, laquelle demeure fixée à cinq ans »[2013]. L'article 3 de la Constitution, sur lequel il fonde la nécessité d'organiser des élections de façon régulière, n'est donc pas méconnu. Quoi qu'il en soit, les électeurs seront appelés aux urnes, cette même année, pour procéder à l'élection de leurs députés. Cette obligation d'organiser des élections régulières trouve néanmoins davantage sa source dans le droit européen. En effet, l'article 3 du Protocole n° 1 additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif »[2014].

Le juge de la constitutionnalité veille donc à la tenue d'élections régulières car « il est vrai qu'une des conditions d'un suffrage " libre ", est sans doute que les électeurs soient convoqués régulièrement et à des intervalles fixés à l'avance »[2015]. Sans son contrôle, « le peuple souverain [serait] privé du droit de renouveler ses représentants au terme normal et

[2008] « L'élection du nouveau Président a lieu vingt jours au moins et trente-cinq jours au plus avant l'expiration des pouvoirs du Président en exercice ».
[2009] La passation a eu lieu le 17 mai 1995, voir en ce sens : O. Schrameck, « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 1995 », *AJDA*, 1996, p. 3.
[2010] B. Roman, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la Républiques sur les propositions de loi organique, n°2791, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 décembre 2000, A.N., 2000, p. 15.
[2011] Loi organique no 2001-419 du 15 mai 2001 modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale publiée au *Journal officiel* n°113 du 16 mai 2001, p. 7776.
[2012] L. Favoreu, « Note sous décision n° 2001-444 DC », *RFDC*, n° 48, 2001, p. 723.
[2013] Considérant 4 de la décision n° 2001-444 DC du 9 mai 2001.
[2014] Voir en ce sens : P. Jan, « L'organisation de l'élection présidentielle », *AJDA*, 2001, p. 749.
[2015] M. Verpeaux, « Note sous décision n° 2001-444 DC », *LPA*, n°259, 2001, pp. 13-16.

préalablement fixé de l'exercice de leur mandat, privation qui constitue[rait] une sorte de confiscation du pouvoir délégué par le délégataire »[2016]. Le juge de la constitutionnalité poursuit par conséquent l'objectif de préserver la sincérité des scrutins. Il veille au respect des fondements démocratiques. Ce dessein est également visé lorsqu'il cherche à protéger l'égalité devant le suffrage.

B. La protection de l'égalité devant le suffrage pour éviter une annulation globale des élections

Le juge de la constitutionnalité protège l'expression du suffrage en censurant les lois qui ne respectent pas le principe d'égalité devant le suffrage. Grâce à son examen, une annulation globale des élections peut être empêchée. C'est le cas lorsque le juge de la constitutionnalité contrôle la loi relative à la composition du collège électoral (1). De la même façon, les résultats des élections législatives ont peu de chance d'être intégralement annulés pour inégalité devant le suffrage, dès lors que la loi procédant au découpage électoral a été jugée conforme à la Constitution (2).

1. La composition du collège électoral

Le juge de la constitutionnalité est appelé, en 2000, à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi relative à l'élection des sénateurs[2017]. Il s'agit d'une application du principe d'égalité devant le suffrage associé à la représentation démographique. En vertu de l'article 24 de la Constitution[2018], le corps électoral procédant à l'élection des sénateurs doit émaner des collectivités territoriales. Il apparaît donc nécessaire que « ce corps électoral [soit] (…) essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales »[2019]. Néanmoins, dans les communes les plus peuplées, des délégués complémentaires à ceux du conseil municipal sont désignés pour atténuer les disparités

[2016] P. Jan, « L'organisation de l'élection présidentielle », art. cité, p. 749.
[2017] Décision n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000, Loi relative à l'élection des sénateurs, *Journal officiel* du 11 juillet 2000, p. 10486.
[2018] Article 24, alinéa 4 de la Constitution : « Le Sénat, dont le nombre de membres ne peut excéder trois cent quarante-huit, est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République ».
[2019] Considérant 5 de la décision n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000.

démographiques. Toutefois, « la participation de ces derniers au collège sénatorial [doit] conserver un caractère de correction démographique »[2020]. Or, en l'espèce, le juge de la constitutionnalité estime que leur contribution n'est pas mineure puisque, dans certains départements, ils auraient constitué une part majoritaire des collèges sénatoriaux, ce qui aurait provoqué « une augmentation spectaculaire des électeurs sénatoriaux dépourvus de mandats locaux »[2021]. Il décide donc de censurer cette disposition en ce que « l'importance ainsi donnée par la loi déférée aux délégués supplémentaires des conseils municipaux au sein des collèges électoraux irait au-delà de la simple correction démographique »[2022]. L'égalité devant le suffrage n'aurait pas été pleinement respectée.

Par conséquent, « profitant de l'occasion, le Conseil constitutionnel précise la portée de l'article 24 (…) il rappelle (…) que pour respecter le principe d'égalité devant le suffrage, la représentation de chaque catégorie de collectivités et de communes doit tenir compte du critère démographique »[2023]. Si la loi déférée n'avait pas fait l'objet d'un examen préalable de constitutionnalité, le juge électoral, une fois saisi de contestations, aurait pu annuler les élections sénatoriales. En effet, le collège électoral n'était pas correctement composé. L'intervention du juge de la constitutionnalité permet ainsi de faciliter le contrôle des élections par le juge électoral sur le fondement de l'article 59 de la Constitution. Ainsi, la sincérité des scrutins est préservée : les élections reposent sur des dispositions législatives conformes à la Constitution. De la même façon, la loi délimitant les circonscriptions législatives subit un examen de constitutionnalité permettant une protection de l'égalité devant le suffrage.

2. Un découpage électoral contrôlé par le juge de la constitutionnalité

L'enjeu du découpage électoral est « de taille, car il est d'une complexité extrême et peut avoir des conséquences graves sur la démocratie et l'expression du suffrage »[2024]. En ce sens, il revient au juge de la constitutionnalité de préserver la sincérité des scrutins en contrôlant la loi procédant à une délimitation des circonscriptions législatives. Son examen permet ainsi de se

[2020] Considérant 6 de la décision n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000.
[2021] J.-E. Schoettl, « Le mode d'élection du Sénat doit permettre à celui-ci d'assurer la représentation des collectivités territoriales de la République », *LPA*, n°138, 2000, p. 19.
[2022] Considérant 8 de la décision n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000.
[2023] R. Ghevontian, « Constitutionnalité de la loi relative à l'élection des sénateurs », *D.*, 2001, p. 1843.
[2024] V. Barbé, « Le découpage électoral selon le Conseil constitutionnel », *JCP A*, n°11, 2009, p. 52.

prémunir contre des élections législatives qui ne seraient pas respectueuses de l'égalité devant le suffrage.

L'égalité entre les électeurs a été consacrée par la Cour suprême des États-Unis dans un adage « *one man one vote* »[2025]. En d'autres termes, une voix n'aurait pas un poids plus important qu'une autre. « Chaque individu dispose d'un bulletin quelle que soit sa condition sociale ou familiale, du seul fait qu'il est citoyen dont la jouissance de ces droits est une condition autant qu'un résultat »[2026]. Ce principe revêt d'ailleurs deux acceptions selon Pierre Avril : d'une part il comprend le droit de suffrage et d'autre part l'égalité devant le suffrage[2027]. Le droit et l'égalité sont donc intimement liés à l'exercice du suffrage.

Le Conseil constitutionnel considère l'égalité devant le suffrage comme une composante du principe d'égalité devant la loi des articles 1er de la Constitution et 6 de la DDHC[2028], même si ses fondements constitutionnels ont ultérieurement évolué[2029]. En tout état de cause, ce principe d'égalité devant le suffrage bénéficie d'une valeur constitutionnelle et constitue un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Des questions prioritaires de constitutionnalité peuvent être formées dès lors qu'une disposition législative contreviendrait à ce principe[2030]. Pourtant, jusqu'à une époque récente, le contrôle du juge de la constitutionnalité sur le découpage électoral n'était pas très rigoureux (a). Néanmoins, il a connu une évolution : son examen s'est renforcé (b).

a. Le contrôle peu rigoureux de la carte électorale par le juge de la constitutionnalité

Le découpage des circonscriptions législatives n'a pas toujours été respectueux du principe d'égalité de suffrage. Pour autant, le juge de la constitutionnalité ne l'a jamais censuré. Son contrôle était, jusqu'à une époque récente, peu satisfaisant. En 1986[2031], le juge de la

[2025] J. Boudon et D. Mongoin, « L'arrêt Bush v. Gore de la Cour suprême des États-Unis (12 décembre 2000) », *RDP*, n°4, 2008, p. 1110.
[2026] B. Daugeron, *La notion d'élection en droit constitutionnel*, Dalloz, 2011, p. 715.
[2027] P. Avril, « Un homme, une voix », *Pouvoirs*, n°120, 2006, p. 123.
[2028] Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, *Journal officiel* du 8 août 1985, p. 9125.
[2029] Voir sur ce point : P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva et A. Roux *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 663.
[2030] Pour un exemple dans ce sens : décision n° 2015-521/528 QPC du 19 février 2016, Commune d'Éguilles et autre [Répartition des sièges de conseillers communautaires entre les communes membres de la métropole d'Aix-Marseille-Provence], *Journal officiel* n°0044 du 21 février 2016, texte n° 24.
[2031] Décision n° 86-208 DC du 2 juillet 1986, Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales, *Journal officiel* du 3 juillet 1986 et la décision n° 86-

constitutionnalité a été saisi de deux lois procédant à la délimitation des circonscriptions législatives. La première est la loi d'habilitation[2032] autorisant le Gouvernement à édicter des ordonnances pour procéder au découpage électoral. À l'occasion de ce contrôle, il précise que « les exceptions apportées au principe de l'égalité de suffrage ne procèdent pas, pour chacune d'elles, d'une erreur manifeste d'appréciation »[2033]. En d'autres termes, il se contente d'un examen peu rigoureux : « le contrôle y est explicitement réduit aux seules disproportions manifestes »[2034]. Il semblait en effet délicat pour lui de juger de « l'application des techniques inhérentes au mode de scrutin choisi par les représentants eux-mêmes »[2035] alors que cette institution est nommée et non élue. La loi d'habilitation n'a finalement pas permis d'édicter des ordonnances puisque le Président de la République a refusé de les signer. Celles-ci n'ont donc jamais pu entrer dans l'ordre juridique puisque l'article 13 de la Constitution impose une signature du Chef de l'État. Le Gouvernement a alors décidé de déposer un projet de loi qui a d'ailleurs été adopté[2036].

Le législateur retrouve ainsi la compétence qu'il avait déléguée puisque les dispositions des ordonnances sont « mort-nées »[2037]. Le contrôle du juge de la constitutionnalité sur cette loi reste néanmoins sommaire. Il admet à cette occasion « que l'écart entre la population d'une circonscription et la population moyenne des circonscriptions d'un même département n'est pas disproportionné de manière excessive »[2038]. Il ajoute « qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si les circonscriptions ont fait l'objet de la délimitation la plus équitable possible »[2039]. Malgré « la pertinence de certaines critiques adressées par les députés auteurs de la première saisine (…) il n'apparaît pas (…) que les choix effectués par le législateur aient manifestement méconnu les exigences constitutionnelles »[2040]. Son examen est donc limité : « le Conseil pratique une auto-limitation de son contrôle en ne déclarant la disposition

218 DC du 18 novembre 1986, Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, *Journal officiel* du 19 novembre 1986, p. 13769.

[2032] Loi n° 86-825 du 11 juillet 1986 relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales, publiée au *Journal officiel* du 12 juillet 1986 p. 8700.

[2033] Considérant 24 de la décision n° 86-208 DC du 2 juillet 1986.

[2034] V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *CCC*, n°22, 2007, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-de-proportionnalite-exerce-par-le-conseil-constitutionnel.

[2035] H. Gourdon, « Note sous décision n° 86-208 DC », *RA*, 1987, p. 28.

[2036] Loi n° 86-1197 du 24 novembre 1986 relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés publiée au *Journal officiel* du 25 novembre 1986 p. 14171.

[2037] J. Boulouis, « Note sous décision n° 86-218 DC », *AJDA*, 1987, p. 270.

[2038] Considérant 8 de la décision n° 86-218 DC du 18 novembre 1986.

[2039] Considérant 10 de la décision n° 86-218 DC du 18 novembre 1986.

[2040] Considérant 12 de la décision n° 86-218 DC du 18 novembre 1986.

législative inconstitutionnelle que s'il relève une erreur manifeste d'appréciation. Or, en la matière cela le conduit à ne sanctionner que les découpages aboutissant à accroître les écarts démographiques grossiers tout en acceptant les imperfections du découpage »[2041]. Les normes constitutionnelles relatives au droit électoral n'étaient donc pas rigoureusement préservées. Elles ne bénéficiaient que d'une « protection diminuée »[2042] en raison du caractère politiquement sensible de l'objet de la loi. Néanmoins, le juge de la constitutionnalité va finir par renforcer son examen pour préserver l'égalité devant le suffrage.

b. Le renforcement du contrôle du juge de la constitutionnalité

L'évolution de l'examen du juge de la constitutionnalité était prévisible eu égard aux observations répétées du conseiller. La Haute instance, dans ses fonctions consultatives, avait en effet insisté dans ses observations de 2003[2043], de 2005[2044] et de 2008[2045] pour que le législateur modifie les délimitations des circonscriptions.

À partir de 2007[2046], une mutation du contrôle exercé par le juge de la constitutionnalité est ainsi perceptible. Il s'érige progressivement en garant du principe d'égalité devant le suffrage afin que les élections reposent sur des fondements démocratiques incontestables. « Le principe d'égalité devant le suffrage constitue à la fois la raison d'être du "redécoupage électoral" et le fondement essentiel de sa constitutionnalité »[2047].

[2041] R. Ghévontian et S. Lamouroux, « Le contrôle des lois d'application de l'article 25 de la Constitution », *RFDC*, n° 79, 2009, p. 584.

[2042] J.-B. Duclercq, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2015, p. 317.

[2043] « L'expérience des élections de 2002 laisse à penser que des améliorations législatives devraient intervenir. Il s'agit d'abord du découpage des circonscriptions électorales. Le découpage actuel résulte de la loi n° 86-1197 du 24 novembre 1986 relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés. Il repose sur les données du recensement général de 1982. Depuis lors, deux recensements généraux, intervenus en 1990 et 1999, ont mis en lumière des disparités de représentation peu compatibles avec les dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution. Il incombe donc au législateur de modifier ce découpage, comme il se prépare, semble-t-il, à le faire pour les élections sénatoriales », conformément à la décision n° 2003-20 ELEC du 15 mai 2003, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 9 et 16 juin 2002, *Journal officiel* du 21 mai 2003, p. 8694.

[2044] Décision n° 2005-22 ELEC du 7 juillet 2005, Observations du Conseil constitutionnel sur les échéances électorales de 2007, *Journal officiel* du 8 juillet 2005, p. 11259, texte n° 83.

[2045] « Il est désormais impératif de procéder à ce découpage », conformément à la décision n° 2008-24 ELEC du 29 mai 2008, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2007, *Journal officiel* du 4 juin 2008, p. 9205, texte n° 72.

[2046] Décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, *Journal officiel* du 22 février 2007, p. 3252, texte n° 3.

[2047] « Commentaire des décisions n° 2008-572 DC et n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009 », p. 11, disponible à l'adresse :

Le juge de la constitutionnalité souligne la nécessité de modifier le découpage électoral à l'occasion du contrôle de la loi organique relative à l'outre-mer[2048]. Afin de surmonter, en partie, cette carence, le législateur organique a créé deux sièges de député mais avec un effet différé[2049]. Le juge de la constitutionnalité a considéré que cette disposition était conforme à la Constitution puisque « comme l'indiquent les travaux parlementaires, si le législateur a prévu de différer cette entrée en vigueur, c'est afin d'attendre que soient corrigées les disparités démographiques affectant actuellement l'ensemble des circonscriptions législatives au plan national, y compris celles de Guadeloupe »[2050]. Ainsi, cette initiative a été validée sous réserve. Elle bénéficie « d'une interprétation neutralisante »[2051] puisque le juge de la constitutionnalité ne l'a pas censurée « sèchement »[2052]. Le Conseil constitutionnel espère, en effet, une réforme rapide de la carte électorale. Cette réserve a donc été émise en attendant que le législateur corrige les inégalités au niveau national, avant de créer deux nouveaux sièges au Palais Bourbon[2053]. Philippe Houillon, président de la commission des lois, avait d'ailleurs envisagé l'hypothèse selon laquelle le juge électoral pourrait annuler une élection en l'absence d'un redécoupage électoral[2054]. Au-delà du caractère urgent, le renforcement du contrôle de constitutionnalité montre l'attachement du Conseil constitutionnel à protéger l'égalité devant le suffrage. Pourtant, à compter de cette loi organique, il a fallu attendre deux années pour réaliser un nouveau découpage des circonscriptions.

Saisi de la loi habilitant le Gouvernement à procéder au découpage électoral, le juge de la constitutionnalité a dû se prononcer, en 2009, sur sa conformité à la Constitution[2055]. Lors de

---

https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier26/ccc_572_573dc.pdf.

[2048] Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer publiée au *Journal officiel* n°45 du 22 février 2007 p. 3121.

[2049] D'après le paragraphe I de l'article 18 de la loi organique du 21 février 2007 : « I. - Le chapitre II du titre II du livre VI du code électoral et le chapitre II du titre III du même livre entrent en vigueur à compter du renouvellement général de l'Assemblée nationale suivant le renouvellement de juin 2007 ».

[2050] Considérant 7 de la décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007.

[2051] J.-E. Schoettl, « La loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, n° 69, 2007, p. 3.

[2052] M. Verpeaux, « La réécriture – partielle – du droit de l'outre-mer. À propos de la décision du 15 février 2007 du Conseil constitutionnel », *JCP G*, n° 24, 2007, p. 13.

[2053] Cette disposition n'a été applicable qu'à compter des élections législatives de 2012. À cette date, deux députés élus par les circonscriptions de Saint Barthélémy et Saint-Martin ont fait leur entrée au sein de l'hémicycle.

[2054] S'exprimant en ses termes : « Une décision du Conseil constitutionnel a prévu qu'au plus tard après les échéances de 2007 _ ce qui est substantiel sur le plan juridique _ un redécoupage des circonscriptions devra avoir lieu (...). Cette recommandation est substantielle, car si elle n'était pas suivie, les élections suivantes, celles relatives à la treizième législature, risqueraient d'être entachées de critiques pouvant aboutir à la nullité de telle ou telle élection », *cf*. J.-E. Schoettl, « La loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer devant le Conseil constitutionnel », art. cité, p. 3.

[2055] Loi n° 2009-39 du 13 janvier 2009 relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés, *Journal officiel* n°0011 du 14 janvier 2009 p. 721.

son contrôle, il s'est longuement attardé sur le principe d'égalité devant le suffrage[2056] qui doit être respecté « au mieux »[2057]. Il va même jusqu'à soulever d'office « le moyen tiré de la violation du principe d'égalité pour censurer la limite du motif d'intérêt général prévue par le législateur »[2058].

Le législateur avait inséré une disposition qui était source d'ambiguïté. Il admettait que la délimitation des circonscriptions législatives était mise « en œuvre sur des bases essentiellement démographiques, sous réserve des adaptations justifiées par des motifs d'intérêt général en fonction notamment de l'évolution respective de la population et des électeurs inscrits sur les listes électorales »[2059]. Cette disposition lui permettait de prendre en compte la population étrangère des collectivités d'outre-mer. En effet, dans certaines d'entre elles, notamment à Mayotte et en Guyane, un écart important existe entre le nombre d'électeurs inscrits sur les listes électorales et la population totale de la circonscription. Le juge de la constitutionnalité a estimé que cette dérogation n'était pas suffisamment définie car « la lettre de la disposition adoptée ne traduisait qu'imparfaitement l'objectif poursuivi et ne fixait ni critères ni garanties pour l'application de cette dérogation »[2060]. Selon lui, le principe d'égalité devant le suffrage est méconnu en ce que « cette règle (…) permet de déterminer, de manière différente selon les circonscriptions, les bases démographiques à partir desquelles sont répartis les sièges de députés »[2061]. Cette décision prouve que le juge de la constitutionnalité « ne se contente plus d'un contrôle restreint de l'opération de délimitation des circonscriptions et de répartition des sièges, mais vérifie que l'égalité devant le suffrage est respectée "au mieux" »[2062]. Le contrôle strict est donc abandonné au profit d'un contrôle plus respectueux de l'égalité devant le suffrage.

Plusieurs réserves d'interprétations formulées à l'occasion du contrôle de cette loi, démontrent un renforcement du contrôle[2063]. L'une en particulier prouve « un renforcement des

[2056] Décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés, *Journal officiel* du 14 janvier 2009, p. 724, texte n° 4, cons. 30.
[2057] Considérant 21 de la décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009.
[2058] V. Barbé, « Le découpage électoral selon le Conseil constitutionnel », art. cité, p. 52.
[2059] En vertu du premier alinéa du 1° du II de l'article 2 de la loi.
[2060] « Commentaire de la décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009 », p. 14, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier26/ccc_572_573dc.pdf.
[2061] Considérant 22 de la décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés, *Journal officiel* du 14 janvier 2009, p. 724, texte n° 4, cons. 30.
[2062] A. Roblot-Troizier, « Les garanties constitutionnelles encadrant le découpage des circonscriptions électorales », *RFDA*, n°3, 2009, p. 580.
[2063] R. Ghévontian et S. Lamouroux, « Le contrôle des lois d'application de l'article 25 de la Constitution », art. cité, p. 582.

exigences constitutionnelles par rapport à la décision n°86-208 DC du 2 juillet 1986 »[2064]. Le juge estime que, par principe, pour éviter une délimitation inégale, une circonscription doit être constituée d'un territoire continu. De plus, les limites communales et cantonales doivent être respectées dans la mesure du possible et les écarts de population entre les circonscriptions doivent être inférieurs à 20% de la population moyenne des circonscriptions du département.

Cependant, ces critères ne sont pas intangibles. Il est possible d'y déroger à titre exceptionnel et à condition que la dérogation soit justifiée. En effet, « il ne pourra y être recouru que dans une mesure limitée et en s'appuyant, au cas par cas, sur des impératifs précis d'intérêt général », la « mise en œuvre [de cette dérogation] devra être strictement proportionnée au but poursuivi »[2065]. Dans le cas contraire, l'application de cette disposition serait contraire à la Constitution. Ces réserves doivent être respectées par le Gouvernement qui édicte les ordonnances. Dans le cas où celui-ci ne les respecte pas, le juge électoral pourrait annuler les opérations électorales en considérant que les bases démographiques sur lesquelles celles-ci reposent sont arbitraires[2066]. C'est d'ailleurs pour éviter cela que le juge de la constitutionnalité veille ainsi, en amont, à contrôler rigoureusement la carte électorale. Il souhaite que les élections soient constitutionnellement valides.

En insistant[2067] de la sorte, l'objectif du juge de la constitutionnalité est de purger le contentieux électoral de dispositions législatives non conformes. Certes, en 2010[2068], le Conseil renoue avec un contrôle restreint qui n'en reste pas moins « global »[2069] puisqu'il vise toutes les circonscriptions. Mais « il est vrai que les écarts démographiques extrêmes avaient été sensiblement réduits et que la nouvelle situation était globalement meilleure que la précédente au regard du principe d'égalité devant le suffrage »[2070].

[2064] P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva et A. Roux *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 671.
[2065] Considérant 26 de la décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009.
[2066] D'autant que pour Nadine Susani : « en sanctionnant le législateur pour son inaction, loin de perdre sa légitimité en s'aventurant dans un domaine hautement politique, [le Conseil constitutionnel] la verrait au contraire rehaussée pour avoir fait respecter un principe nécessaire à une démocratie en bonne santé : l'égalité devant le vote », « Une aporie de la justice constitutionnelle : l'impuissance du Conseil constitutionnel face à l'inconstitutionnalité de l'actuel découpage électoral pour les élections législatives de 2007 », *RFDC*, n°69, 2007, p. 157.
[2067] B. Maligner, « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur le redécoupage électoral », *AJDA*, 2009, p. 645.
[2068] Décision n° 2010-602 DC du 18 février 2010, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, *Journal officiel* du 24 février 2010, p. 3385, texte n° 2.
[2069] B. Maligner, « Le redécoupage électoral validé par le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2010, p. 1146.
[2070] P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva et A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 671.

Le contrôle de conformité à la Constitution du Conseil constitutionnel permet la tenue d'un scrutin respectueux des exigences relatives à l'expression du suffrage. Le juge de la constitutionnalité veille donc à la sincérité des scrutins. Il s'agit d'éviter « qu'une disproportion dans la taille des circonscriptions (…) altère (…) les résultats du vote au plan global »[2071]. Le juge de la constitutionnalité préserve ainsi un principe essentiel au fondement des élections : l'égalité devant le suffrage. Même si la censure totale d'une loi procédant à un découpage est peu probable[2072], le Conseil contrôle la conformité à la Constitution des dispositions législatives qui seront appliquées par le juge électoral. En ce sens, le juge de la constitutionnalité est un acteur du déroulement des élections car il protège préalablement les bases démocratiques sur lesquelles les scrutins se dérouleront. À d'autres égards, le juge de la constitutionnalité n'ignore pas le déroulement des élections. Le contentieux de la constitutionnalité et le contentieux des élections sont en ce sens associés.

Section 2 : Le contentieux électoral lié au contentieux de la constitutionnalité

Le contentieux électoral et le contentieux de la constitutionnalité ne sont pas indépendants l'un de l'autre. Le juge de la constitutionnalité statue sur la conformité de dispositions législatives relatives à la matière électorale. Par exemple, le juge de la constitutionnalité a censuré une disposition permettant de voter, aux élections sénatoriales, pour quelqu'un qui n'était pas candidat[2073]. Ainsi, le juge de la constitutionnalité doit connaître de dispositions que le juge électoral examinera.

Il est toutefois arrivé que le juge électoral applique des dispositions qui sont ensuite censurées par le juge de la constitutionnalité. Une illustration est donnée en 1996[2074] avec la déchéance de Bernard Tapie[2075]. Condamné à une faillite personnelle[2076], il devenait donc

[2071] J.-C. Masclet, *Le droit des élections politiques*, Puf, 1992, p. 63.
[2072] A. Levade, « Une constitutionnalité en trompe-l'œil ou l'impossible censure des découpages électoraux ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 février 2010 », art. cité, p. 522.
[2073] Décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, Loi portant réforme de l'élection des sénateurs, *Journal officiel* du 31 juillet 2003, p. 13038, cons. 25.
[2074] Décision n° 96-10 D du 5 septembre 1996, Demande tendant à la déchéance de plein droit de Monsieur Bernard TAPIE de sa qualité de membre de l'Assemblée nationale, *Journal officiel* du 8 septembre 1996, p. 13434.
[2075] R. Ghévontian, « Faillite personnelle et déchéance des droits civiques », *D.*, 1997, p. 259.
[2076] Conformément aux jugements n° RG 94.114986 du tribunal de commerce de Paris en date du 14 décembre 1994, confirmé par un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 31 mars 1995 devenu définitif par un arrêt de la Cour de cassation du 9 juillet 1996.

inéligible conformément à l'article 194 de la loi du 25 janvier 1985[2077]. Le Conseil constitutionnel n'avait donc plus qu'à constater la déchéance[2078]. Pourtant, trois années plus tard[2079], le juge de la constitutionnalité censure la disposition sur laquelle le juge électoral s'est fondé. En faisant application de la jurisprudence Nouvelle-Calédonie[2080], le juge de la constitutionnalité a considéré que cet article méconnaissait le principe de nécessité des peines consacré à l'article 8 de la DDHC[2081]. Ainsi, le juge de la constitutionnalité a contredit des décisions du juge électoral. Un cas similaire s'est présenté avec l'inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral. Le juge de la constitutionnalité l'a censuré[2082] dans une décision QPC de 2010[2083]. Néanmoins, antérieurement à cette décision et à deux reprises, en 2000[2084] et en 2004[2085], il avait été demandé au juge électoral de l'appliquer. Il avait refusé car les infractions en cause avaient été commises[2086] avant l'entrée en vigueur de la disposition[2087]. Son refus ne résulte donc pas d'un motif d'inconstitutionnalité[2088]. Toutefois, pour éviter des situations fâcheuses, les contentieux électoral et de la constitutionnalité sont le plus souvent liés.

[2077] En vertu de l'article 194 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, publiée au *Journal officiel* du 26 janvier 1985, p. 1097 : « Le jugement qui prononce soit la faillite personnelle (…), soit l'interdiction prévue à l'article 192 emporte l'incapacité d'exercer une fonction publique élective. L'incapacité s'applique également à toute personne physique à l'égard de laquelle la liquidation judiciaire a été prononcée. Elle prend effet de plein droit à compter de la notification qui en est faite à l'intéressé par l'autorité compétente ».

[2078] Conformément à l'article LO. 136 du code électoral : « Sera déchu de plein droit de la qualité de membre de l'Assemblée nationale celui dont l'inéligibilité se révélera après la proclamation des résultats et l'expiration du délai pendant lequel elle peut être contestée ou qui, pendant la durée de son mandat, se trouvera dans l'un des cas d'inéligibilité prévus par le présent code.
La déchéance est constatée par le Conseil constitutionnel à la requête du bureau de l'Assemblée nationale ou du garde des sceaux, ministre de la Justice, ou, en outre, en cas de condamnation postérieure à l'élection, du ministère public près la juridiction qui a prononcé la condamnation ».

[2079] Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999.

[2080] Issue de la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.

[2081] Considérants 41 et 42 de la décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999.

[2082] B. Maligner, « Inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », *AJDA*, 2010, p. 1831.

[2083] Décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral], *Journal officiel* du 12 juin 2010, p. 10849, texte n° 70.

[2084] Décision n° 2000-2581 AN du 30 mars 2000, A.N., Landes (3ème circ.), *Journal officiel* du 2 avril 2000, p. 5118.

[2085] Décision n° 2004-3390/3395/3397 SEN du 2 décembre 2004, Sénat, Guadeloupe, *Journal officiel* du 9 décembre 2004, p. 20823, texte n° 55.

[2086] Pour la décision n° 2000-2581 AN du 30 mars 2000 : les faits ont été commis par le député entre 1988 et 1990. Pour la décision n° 2004-3390/3395/3397 SEN du 2 décembre 2004 : l'infraction a été commise par le sénateur en mai 1994.

[2087] L'article L. 7 du code électoral est issu de l'article 10 de la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique, publié au *Journal officiel* n°18 du 21 janvier 1995, p. 1105.

[2088] J.-Y. Vincent, « Peine complémentaire ou peine automatique... Malaise autour de l'article 7 du code électoral », *AJDA*, 2005, p. 435.

De la sorte, le juge électoral se fonde sur la jurisprudence du juge de la constitutionnalité pour statuer (§1). Dans d'autres circonstances, l'inverse se produit : le juge de la constitutionnalité confirme une jurisprudence adoptée par le juge des élections (§2).

§1 : Les décisions du juge de la constitutionnalité au service du juge électoral

La jurisprudence du juge de la constitutionnalité précède, le plus souvent, celle du juge électoral. En effet, dans les décisions DC et QPC, le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité de dispositions législatives qui sont appliquées par le juge électoral. Ainsi, un dialogue s'instaure entre le juge de la constitutionnalité et le juge électoral. Le second suit l'interprétation du premier.

Le juge électoral assure la continuité de la jurisprudence du juge de la constitutionnalité. Dans une décision DC de 1986, le Conseil prévoit ainsi que les contestations des recommandations du Conseil supérieur de l'audiovisuel doivent être présentées uniquement devant le juge de l'excès de pouvoir[2089]. En tant que juge électoral, le Conseil refuse donc de contrôler si « les dispositions de la législation sur l'informatique, les fichiers et les libertés ont été méconnues »[2090]. De la même façon, le juge électoral a suivi la jurisprudence du juge de la constitutionnalité issue de la décision relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse[2091]. À cette occasion, le juge de la constitutionnalité incitait les juridictions ordinaires à contrôler la conventionnalité des lois. Le juge électoral a donc opéré un tel examen dans une décision de 1988[2092].

Une sorte de prolongement entre les deux contentieux est perceptible à deux égards : lorsque le juge électoral applique les réserves d'interprétation du juge de la constitutionnalité (A) et lorsqu'il s'appuie sur les décisions du juge de la constitutionnalité pour trancher les requêtes présentées devant lui (B).

[2089] Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, *Journal officiel* du 19 septembre 1986, p. 11294, cons. 14.
[2090] Décision n° 2007-3873/3900 AN du 20 décembre 2007, A.N., Seine-et-Marne (8ème circ.), *Journal officiel* du 27 décembre 2007, p. 21457, texte n° 126, cons. 5.
[2091] Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *Journal officiel* du 16 janvier 1975, p. 671.
[2092] Décision n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988, A.N., Val-d'Oise (5ème circ.), *Journal officiel* du 25 octobre 1988, p. 13474.

A. Les réserves interprétatives du juge de la constitutionnalité suivies par le juge électoral

Le juge de la constitutionnalité émet des réserves de façon à ce que son interprétation rende la loi conforme à la Constitution. Néanmoins, il s'agit d'« un pari sur l'avenir »[2093] puisqu'il est possible que ses réserves ne seront pas suivies. Le Conseil constitutionnel prend le risque de laisser subsister dans l'ordre juridique une loi inconstitutionnelle au cas où son interprétation ne serait pas respectée. Il revient ainsi aux juridictions chargées d'appliquer la loi de suivre les préconisations posées par le juge de la constitutionnalité. C'est notamment le cas du Conseil constitutionnel saisi en tant que juge électoral. Le juge électoral est contraint de suivre l'interprétation du juge de la constitutionnalité. Les décisions DC et QPC sont donc utiles au juge électoral. Plusieurs exemples en témoignent.

La loi instituant la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (ci-après C.N.C.C.F.P.) [2094] a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité à l'occasion de la décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990[2095]. Le juge de la constitutionnalité a émis une réserve d'interprétation concernant l'article 6 de la loi. Ce dernier prévoit que le juge administratif[2096], dans le cas où il serait saisi d'une contestation électorale « dans une circonscription où le montant des dépenses électorales est plafonné, (…) sursoit à statuer jusqu'à réception des décisions de la commission ». La C.N.C.C.F.P. est compétente pour se prononcer sur les comptes de campagne des candidats à une élection.

Selon la lettre de la disposition, la décision du juge administratif était subordonnée à celle de la commission. La décision de la commission aurait donc contraint le juge de l'élection à « constate[r], le cas échéant, l'inéligibilité d'un candidat », à « annule[r] son élection » ou à « le déclare[r] démissionnaire d'office »[2097]. Toutefois, le juge de la constitutionnalité refuse une telle interprétation. Il rappelle que la Commission n'est pas une juridiction. Il estime que « la position que cette commission adopte, lors de l'examen des comptes de campagne d'un candidat, ne saurait en aucune façon s'imposer au juge administratif ; que celui-ci conserve toute

[2093] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 44.
[2094] Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, *Journal officiel* n°13 du 16 janvier 1990, p. 639.
[2095] Décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, *Journal officiel* du 13 janvier 1990, p. 573.
[2096] Le juge administratif est le juge des élections municipales (article L. 249 du code électoral), cantonales (L. 222 du code électoral), régionales et européennes (article L. 311-3 du code de justice administrative).
[2097] Article 6, alinéa 2, de la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.

liberté pour apprécier, au besoin par la voie de l'exception, si c'est à bon droit que la commission a constaté le dépassement par un candidat du plafond des dépenses électorales imposé par la loi et pour en tirer, le cas échéant, toutes conséquences de droit, notamment en ce qui concerne l'application des inéligibilités visées à l'article L. 118-3 [du code électoral] »[2098]. Le considérant 8 ainsi que le dispositif de la décision insistent sur la réserve émise concernant l'article 6 de la loi. Ces dispositions sont conformes seulement si l'interprétation du juge de la constitutionnalité est respectée. En ce sens, le juge administratif doit suivre cette réserve d'interprétation. Cette dernière lui est d'ailleurs favorable : elle lui octroie une plus grande marge d'appréciation.

Toutefois, la disposition en cause n'est pas censée s'appliquer pour l'élection des députés selon le juge de la constitutionnalité, et ce même si le titre dans lequel la disposition figure s'intitule : « dispositions communes à l'élection des députés, des conseillers généraux et des conseillers municipaux ». En effet, le juge de la constitutionnalité considère que seule une loi organique prévoit le régime des inéligibilités des députés en vertu des articles 25[2099] et 63[2100] de la Constitution. Ainsi, l'article 6 de la loi contrôlée « ne saurai[t] en tout état de cause recevoir application pour l'élection des députés »[2101]. En conséquence, la disposition ne devrait pas concerner le Conseil constitutionnel qui est le juge électoral compétent pour le mandat des députés.

Compte tenu de cette décision, le législateur organique est intervenu[2102]. Une disposition similaire prévoit que le Conseil constitutionnel déclare inéligible un candidat dont le compte de campagne a été rejeté par la Commission. Lors de son examen de ce nouveau texte[2103], le juge de la constitutionnalité adopte la même interprétation que dans la précédente décision : la décision du Conseil constitutionnel n'est pas subordonnée à celle de la commission[2104]. Néanmoins, les justifications sont plus succinctes ici que dans celles de la décision du

[2098] Considérant 7 de la décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990.
[2099] Alinéa 1 de l'article 25 de la Constitution : « Une loi organique fixe la durée des pouvoirs de chaque assemblée, le nombre de ses membres, leur indemnité, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités ».
[2100] « Une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui, et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations ».
[2101] Considérant 5 de la décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990.
[2102] L'article 7 de la loi organique n° 90-383 du 10 mai 1990 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés (*Journal officiel* n°0109 du 11 mai 1990, p. 5615) prévoit qu'un article est inséré au code électoral. Il s'agit de l'article L.O. 136-1 qui dispose que : « la commission instituée par l'article L. 52-14 saisit le Conseil constitutionnel du cas de tout candidat susceptible de se voir opposer les dispositions du deuxième alinéa de l'article L.O. 128. Le Conseil constitutionnel constate, le cas échéant, l'inéligibilité et, s'il s'agit du candidat proclamé élu, il le déclare, par la même décision, démissionnaire d'office ».
[2103] Décision n° 90-273 DC du 4 mai 1990, Loi organique relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés, *Journal officiel* du 7 mai 1990, p. 5532.
[2104] Considérant 16 de la décision n° 90-273 DC du 4 mai 1990.

11 janvier 1990[2105]. En effet, dans la décision du 4 mai 1990[2106], le juge de la constitutionnalité ne rappelle pas explicitement dans les motifs qu'il a émis une réserve d'interprétation. Toutefois, la formulation le laisse clairement supposer. Le juge de la constitutionnalité énonce que les dispositions ne sont pas contraires à la Constitution « dès lors qu'il résulte de leurs termes que la position prise par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques dans l'exercice de ses attributions ne saurait préjuger la décision du Conseil constitutionnel »[2107]. Néanmoins, le dispositif de cette décision ne fait pas état de la réserve d'interprétation : le juge précise simplement que la loi organique est conforme à la Constitution[2108].

Les réserves d'interprétation trouvent leur place dans le dispositif et dans les motifs seulement à partir[2109] du milieu des années 1990[2110]. En ce sens, les décisions du juge de la constitutionnalité contenant des réserves n'ont donc pas toutes la même allure. La preuve avec ces deux décisions de 1990 : dans celle du 11 janvier, l'interprétation sous réserve est précisée dans le dispositif contrairement à celle du 4 mai. Cette disparité a été source d'anomalies. Étant donné que la réserve d'interprétation de la décision du 4 mai 1990 ne figurait pas dans le dispositif, le Conseil constitutionnel, juge électoral, a utilisé celle figurant dans la décision du 11 janvier 1990. En effet, dans une décision du 21 octobre 1993[2111], le juge électoral reprend la position adoptée par le juge de la constitutionnalité en admettant que la C.N.C.C.F.P. « est une autorité administrative et non une juridiction; qu'il en résulte que la position qu'elle adopte lors de l'examen des comptes de campagne d'un candidat ne saurait préjuger la décision du Conseil constitutionnel, juge de la régularité de l'élection en vertu de l'article 59 de la Constitution »[2112]. Ainsi, le juge électoral applique une réserve d'interprétation qui ne lui était pas directement

[2105] Décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990.
[2106] Décision n° 90-273 DC du 4 mai 1990.
[2107] Considérant 16 de la décision n° 90-273 DC du 4 mai 1990.
[2108] Le dispositif précise : « Article premier : La loi organique relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés est déclarée conforme à la Constitution ».
[2109] En ce sens, la décision n° 68-35 DC du 30 janvier 1968 (Loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux, *Journal officiel* du 1er février 1968) a innové mais il a fallu attendre plus de deux décennies pour que la jurisprudence se stabilise en intégrant les réserves d'interprétation dans le dispositif.
[2110] Alexandre Viala identifie les années 1996 et 1997 comme étant « un tournant ». À compter de cette date, une multitude de décisions comporte des réserves d'interprétation. De plus, ces dernières sont consacrées tant dans les motifs que dans le dispositif. Voir en ce sens : A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 23.
[2111] Décision n° 93-1325 AN du 21 octobre 1993, A.N., Paris (18ème circ.), *Journal officiel* du 31 octobre 1993, p. 15127.
[2112] Considérant 5 de la décision n° 93-1325 AN du 21 octobre 1993. Décision confirmée à l'occasion de la décision n° 93-1259/1373/1375/1376 AN du 17 décembre 1993, A.N., Lot-et-Garonne (3ème circ.), *Journal officiel* du 23 décembre 1993 p. 17935.

opposable. Pour preuve, un commentaire d'une décision du Conseil constitutionnel[2113] et la doctrine[2114] considèrent que le juge électoral applique la réserve d'interprétation de la décision du 11 janvier 1990 et non celle du 4 mai 1990.

En reprenant les réserves d'interprétation du juge de la constitutionnalité, le juge électoral a tendance à s'approprier les formulations figurant dans les décisions DC ou QPC. Néanmoins, il ne vise ni ne cite la décision du juge de la constitutionnalité. Les juridictions ordinaires, quant à elles, opèrent différemment. En effet, elles précisent l'interprétation à privilégier en se référant à la décision du Conseil constitutionnel. Les juges renvoient explicitement à la décision consacrant la réserve d'interprétation[2115], au besoin en la citant dans les visas[2116]. D'ailleurs le Conseil d'État érige en moyen d'ordre public le non-respect d'une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel : il se saisit d'office de ce moyen « sans qu'il soit besoin d'examiner le moyen du pourvoi »[2117]. Ainsi, le Conseil d'État accorde une autorité absolue aux réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel[2118] : les réserves « lient le juge administratif pour l'application et l'interprétation de cette disposition »[2119].

Contrairement aux juridictions ordinaires, le Conseil constitutionnel, statuant comme juge électoral, applique les réserves d'interprétation du juge de la constitutionnalité sans les citer ni dans les motifs ni dans ses visas. À aucun moment le juge électoral ne se réfère aux décisions du juge de la constitutionnalité contrairement aux autres juridictions qui précisent

---

[2113] Il s'agit du commentaire de la décision n° 2011-117 QPC du 8 avril 2011 (M. Jean-Paul H. [Financement des campagnes électorales et inéligibilité], *Journal officiel* du 9 avril 2011, p. 6362, texte n° 90) qui précise que : la position du juge de la constitutionnalité dans la décision du 11 janvier 1990 « a été réaffirmée par le Conseil constitutionnel comme juge électoral ». La décision QPC concernait le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de l'article L. 118-3 du code électoral soit l'article 6 de la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.

[2114] Voir en sens : J.-P. Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, *op. cit.*, pp. 177 et 178 ou encore G. Drouot, « Le financement des campagnes électorales et des activités politiques : les nouvelles règles du jeu. La loi du 15 janv. 1990 et la loi organique du 11 mai 1990 », *Dalloz, actualités législatives*, 1990, p. 125.

[2115] Par exemple la Cour de cassation (Crim., 31 janvier 2012, n°11-80010) prévoit « que, par décision du 16 septembre 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article susvisé conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution, sous réserve que ses dispositions ne sauraient, sans instaurer une présomption irréfragable de responsabilité pénale, être interprétées comme permettant que le créateur ou l'animateur d'un site de communication au public en ligne mettant à la disposition du public des messages adressés par des internautes, voie sa responsabilité pénale engagée en qualité de producteur à raison du seul contenu d'un message dont il n'avait pas connaissance avant la mise en ligne ». Ainsi, la juridiction judiciaire suprême se conforme à l'interprétation du Conseil constitutionnel qui a étroitement encadré l'application de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle (Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle publiée au *Journal officiel* du 30 juillet 1982 p. 2431).

[2116] Pour plusieurs exemples : CE, 9 mai 2017, n° 407999 ; CE, 7 février 2018, n° 412027 ; CE, 5 juillet 2018, n° 401157.

[2117] Considérant 6 de l'arrêt CE, 15 mai 2013, *Commune de Gurmençon*, n°340554.

[2118] A.-C. Bezzina, « À propos d'un nouveau moyen d'ordre public : l'autorité absolue des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel », *JCP A*, n° 16, 2014, p. 39.

[2119] CE, 15 mai 2013, *Commune de Gurmençon*, n°340554, cons. 4.

l'origine de l'interprétation de la disposition législative. Il existe de nombreux autres exemples dans lesquels le juge électoral applique les réserves d'interprétation du juge de la constitutionnalité[2120] sans référence explicite. Le juge électoral fait sienne la jurisprudence du juge de la constitutionnalité comme s'il était à l'origine de l'interprétation. Les deux offices apparaissent en ce sens liés, voire soudés. Au-delà des réserves d'interprétation, le juge électoral utilise à d'autres égards les décisions du juge de la constitutionnalité pour statuer.

B. L'utilisation des décisions du juge de la constitutionnalité par le juge électoral

Le juge électoral utilise les décisions du juge de la constitutionnalité. Plus encore, il en a parfois besoin pour statuer sur les requêtes qui lui sont soumises (1). En ce sens, il assure le prolongement des décisions du juge de la constitutionnalité (2).

1. Les décisions du juge de la constitutionnalité au fondement de celles du juge électoral

Parfois, une décision du juge de la constitutionnalité fonde les décisions du juge électoral. Le juge de la constitutionnalité connaît de certaines dispositions législatives qui concernent le contentieux électoral. Compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois, il apparaît logique que la matière électorale n'y échappe pas. Toutefois, dans certains cas, le juge électoral se réfère à une décision du juge de la constitutionnalité pour statuer. En d'autres termes, le contrôle de constitutionnalité, effectué dans le cadre d'une décision DC ou QPC, constitue un préalable à la décision du juge électoral. En ce sens, le juge électoral part de la décision du juge de la constitutionnalité pour trancher l'affaire pour laquelle il est saisi. De la sorte, le contentieux électoral est subordonné au contentieux de la constitutionnalité.

[2120] Par exemple, la décision n° 90-273 DC du 4 mai 1990 prévoit une limite à la possibilité que détient le juge électoral de se saisir d'une irrégularité d'un compte de campagne d'un candidat. Cette possibilité lui est offerte sans l'intervention préalable de la C.N.C.C.F.P., en vertu des articles LO. 186-1 du code électoral et 41-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Toutefois, le juge de la constitutionnalité dans la décision précitée, a subordonné cela à une contestation électorale régulière. Cette limite a été reprise par le juge électoral : décision n° 93-1198 AN du 21 octobre 1993, A.N., Ardèche (1ère circ.), *Journal officiel* du 31 octobre 1993, p. 15122 ; décision n° 97-2173/2207 AN du 9 janvier 1998, A.N., Val-de-Marne (8ème circ.), *Journal officiel* du 14 janvier 1998, p. 583.

La décision n° 2012-4613 AN du 20 juillet 2012[2121] en est une illustration. Une contestation avait été déposée dans le but d'annuler les opérations électorales de 2012 qui s'étaient déroulées dans la deuxième circonscription de la Nouvelle-Calédonie. Le requérant soutenait notamment que le découpage électoral des circonscriptions de la Nouvelle-Calédonie était « déloyal » et avait vocation à « interdire l'élection d'un député indépendantiste kanak »[2122]. Le principe de rééquilibrage consacré par l'accord sur la Nouvelle-Calédonie de 1998[2123] aurait été méconnu. La citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, résultant de cet accord, avait « pour objectif d'assurer un rééquilibrage au profit des Kanak ». Ainsi, en octroyant « des avantages spécifiques aux Kanak », la citoyenneté devait compenser « un déséquilibre démographique (…) défavorable »[2124].

Le juge électoral précise qu'avant la tenue de ces élections, le législateur a modifié les tableaux de délimitations des circonscriptions. L'article L. 125 du code électoral, résultant d'une loi d'habilitation[2125], prévoit que « les circonscriptions sont déterminées conformément aux tableaux n° 1 pour les départements, n° 1 bis pour la Nouvelle-Calédonie et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution et n° 1 ter pour les Français établis hors de France annexés au présent code ». Ces tableaux, établis en vertu des changements démographiques, ont été consacrés par une ordonnance[2126]. La loi de ratification[2127] a fait l'objet d'un examen de constitutionnalité dans la décision n° 2010-602 DC du 18 février 2010[2128]. Cette décision est précisément visée par le juge électoral.

Ainsi, en raison de la conformité de la loi, le juge électoral admet que le moyen avancé par le requérant est inopérant. Il rejette la requête en ces termes : « dès lors, en tout état de cause, le grief tiré de la méconnaissance des orientations inscrites dans l'accord précité doit être

[2121] Décision n° 2012-4613 AN du 20 juillet 2012, A.N., Nouvelle-Calédonie (2ème circ.), *Journal officiel* du 22 juillet 2012, p. 12099, texte n° 31.
[2122] Considérant 3 de la décision n° 2012-4613 AN du 20 juillet 2012.
[2123] Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, *Journal officiel* n°121 du 27 mai 1998, p. 8039.
[2124] L. Havard, « La réalisation de la citoyenneté calédonienne », *RDP*, 2013, p. 1179.
[2125] Article 3 de la loi n° 2009-39 du 13 janvier 2009 relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés.
[2126] Ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, *Journal officiel* n°0175 du 31 juillet 2009, p. 12752, texte n° 19.
[2127] Loi n° 2010-165 du 23 février 2010 ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, *Journal officiel* n°0046 du 24 février 2010 p. 3385, texte n° 1.
[2128] Décision n° 2010-602 DC du 18 février 2010, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, *Journal officiel* du 24 février 2010, p. 3385, texte n° 2.

écarté »[2129]. En conséquence, le sort de la requête électorale a été subordonné à la constitutionnalité de la disposition législative. Pour autant, il ne s'agissait pas d'une QPC[2130]. Comme le précise le commentaire relatif aux réclamations dirigées contre les élections législatives de 2012 : « il n'y avait ni mémoire distinct et motivé, ni "question prioritaire de constitutionnalité", ni invocation de l'article 61-1 de la Constitution, ni même désignation précise de la disposition législative qui serait inconstitutionnelle »[2131]. Le juge électoral a donc utilisé la décision du juge de la constitutionnalité pour statuer. Dans d'autres cas, le juge de la constitutionnalité prolonge la jurisprudence du juge électoral en la confirmant ou en la suppléant.

2. Le prolongement de la jurisprudence du juge de la constitutionnalité par le juge électoral

La jurisprudence dégagée par le juge de la constitutionnalité est le plus souvent confirmée par le juge électoral. Sans le concours préalable du juge de la constitutionnalité, le juge électoral serait accusé d'abuser de ses prérogatives.

Le juge électoral adopte l'interprétation du juge de la constitutionnalité en ajoutant parfois des éléments ne figurant ni dans la loi ni dans la décision DC. Il est largement admis que dans ses décisions, le juge de la constitutionnalité supplée au silence de la loi. Par exemple, dans ses décisions QPC, il lui arrive de trouver un palliatif lui permettant de surmonter une inconstitutionnalité immédiate[2132]. Dans ce cas, il « excède très largement les compétences qui lui sont reconnues par la Constitution »[2133]. Il est accusé de « pré-légiférer »[2134].

[2129] Considérant 4 de la décision n° 2012-4613 AN du 20 juillet 2012.
[2130] La chronique n°38 des nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel le laissait sous-entendre. Voir en ce sens, *NCCC*, n°38, 2013, p. 99.
[2131] « Commentaire des décisions des 13 et 20 juillet 2012 sur des réclamations dirigées contre les élections législatives de juin 2012 », p. 7, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/an/ccc_201207.pdf.
[2132] Ceci s'est d'ailleurs rencontré dès les premières décisions QPC : voir en ce sens la décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux], *Journal officiel* du 3 juillet 2010, p. 12120, texte n° 91. Pour une application plus récente : Décision n° 2017-641 QPC du 30 juin 2017, Société Horizon OI et autre [Délai d'appel des jugements rendus par le tribunal du travail de Mamoudzou].
[2133] P. Puig, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD Civ.*, 2010. p. 517.
[2134] J. Boudon, « Lorsque le Conseil constitutionnel pré-légifère : les avertissements adressés au législateur dans les décisions QPC de censure », Communication au congrès de l'AFDC de Nancy, 2011, disponible à l'adresse : http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/boudonT7.pdf.

Pourtant, le juge des élections adopte la même attitude dans le cadre du contrôle financier des campagnes électorales. Il s'agit d'un sujet relativement délicat et neuf eu égard au « renouveau des campagnes entraînant un surenchérissement des dépenses »[2135]. À ce titre, la nécessité d'un contrôle du financement public des campagnes électorales est évidente en ce qu'elle préserve l'égalité entre les candidats. Le juge de la constitutionnalité a posé des règles en exigeant que « l'aide allouée aux candidats doit (…) obéir à des critères objectifs ». Il a ajouté que « le mécanisme d'aide retenu (…) ne doit conduire, ni à établir un lien de dépendance d'un candidat ou d'un parti politique à l'égard de quiconque contribue au financement de ses dépenses, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions, ni à enrichir une personne physique ou morale »[2136]. En adoptant une telle interprétation « le cadre d'une aide financière respectueuse de l'égalité entre les candidats est donc posé par le Conseil »[2137].

Le juge électoral confirme la jurisprudence du juge de la constitutionnalité en la respectant. Toutefois, il ne se contente pas d'une simple application de la décision DC mais il va plus loin. En effet, il précise qu'en cas de non-respect du plafond des dépenses de propagande, un candidat à une élection législative peut voir son élection annulée[2138]. Pourtant, en 1989, cette précision n'était pas consacrée dans la loi[2139] et ne constituait pas non plus une réserve d'interprétation figurant dans la décision du juge de la constitutionnalité. Le juge électoral a donc crée une sanction dans le cas où un candidat élu dépasserait le plafond de ses dépenses. De plus, ultérieurement à cette décision AN, le législateur est intervenu pour consacrer ce qui avait été dégagé par le juge électoral[2140].

[2135] R. Rambaud, *Le droit des campagnes électorales*, *op. cit*., p. 136.

[2136] Décision n° 88-242 DC du 10 mars 1988, Loi organique relative à la transparence financière de la vie politique, *Journal officiel* du 12 mars 1988, p. 3350, cons. 26. Ce considérant a été précisé à l'occasion de la décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, *Journal officiel* du 13 janvier 1990, p. 573, cons. 12.

[2137] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit*., p. 451.

[2138] Décision n° 89-1129 AN du 11 mai 1989, A.N., Bouches-du-Rhône (6ème circ.), *Journal officiel* du 14 mai 1989, p. 6165, cons. 11.

[2139] L'article 6 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 (relative à la transparence financière de la vie politique, publiée au *Journal officiel* du 12 mars 1988 p. 3290) prévoyait que : « L'article L. 167 du code électoral est complété par trois alinéas ainsi rédigés : Les autres dépenses électorales des candidats ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés au premier tour font l'objet d'un remboursement forfaitaire de la part de l'Etat égal au dixième du plafond prévu à l'article L. O. 163-2.

Ce remboursement ne peut excéder le montant des dépenses du candidat, retracées dans son compte de campagne. Le remboursement forfaitaire prévu à l'alinéa précédent n'est pas effectué aux candidats qui ne se sont pas conformés aux prescriptions de l'article L. O. 179-1 ou de l'article L. O. 163-2 et aux candidats élus qui n'ont pas déposé la déclaration prévue à l'article L. O. 135-1 ».

[2140] L'article 6 de la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques publiée au *Journal officiel* n°13 du 16 janvier 1990,

En conséquence, la jurisprudence du juge de la constitutionnalité a servi de point d'appui au juge électoral. Grâce à elle, il a ressenti l'utilité de compléter la loi. Le juge de la constitutionnalité est doté d'une « légitimité » que le juge électoral ne détient pas. En effet, le contrôle de constitutionnalité opéré dans ses décisions DC et QPC l'érige en gardien de la Constitution et censeur des lois. De la sorte, sa jurisprudence, même lorsqu'elle réécrit la loi, est tolérée car le juge de la constitutionnalité protège le texte suprême. En revanche, le juge électoral n'est pas dans la même position car lui ne doit qu'appliquer la loi. Pourtant, il utilise les décisions du juge de la constitutionnalité pour faire œuvre normative.

Une autre illustration concerne le principe du pluralisme des courants d'idées et d'opinions. Ce principe bénéficie d'un traitement privilégié en tant qu'il « s'agi[t] d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés »[2141]. Certains considèrent que le pluralisme est une condition de mise en œuvre de la démocratie[2142]. Ainsi, « une liberté réelle dans un pays évolué, implique la variété des opinions et des conduites, (…) une société dans laquelle la liberté des individus est reconnue est nécessairement pluraliste et tolérante (…) [le] pluralisme entraîne, dès lors, des élections disputées »[2143]. Le juge de la constitutionnalité est ainsi particulièrement attentif à sa préservation. Fort de cette protection, des auteurs vont même jusqu'à considérer qu'il existe une hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité. Certains principes jouiraient « d'un statut particulier les mettant en position de surplomb par rapport aux autres droits » puisque le principe du pluralisme « garantit le respect des autres droits constitutionnels » « il est celui qui les protège et qui garantit leur réalisation »[2144].

Le principe du pluralisme a été érigé au rang constitutionnel tardivement : c'est le juge de la constitutionnalité qui l'a doté d'une telle place au sein de la hiérarchie des normes[2145]. Pris

p. 639 prévoit que : « Après l'article L. 118-1 du code électoral, sont insérés les articles L. 118-2 et L. 118-3 ainsi rédigés: (…)
Art. L.118-3. - Saisi par la commission instituée par l'article L. 52-14, le juge de l'élection constate, le cas échéant, l'inéligibilité d'un candidat. S'il s'agit d'un candidat proclamé élu, il annule son élection ou, si l'élection n'a pas été contestée, le déclare démissionnaire d'office.
Le juge de l'élection peut également déclarer inéligible pendant un an le candidat dont le compte de campagne, le cas échéant après réformation, fait apparaître un dépassement du plafond des dépenses électorales ».

[2141] Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, *Journal officiel* du 13 octobre 1984, p. 3200, cons. 37.

[2142] O. Duhamel et G. Tusseau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4ème édition, Seuil, 2016, p. 68.

[2143] J.-E. Gicquel et J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit*., p. 49.

[2144] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit*., p. 279.

[2145] Cet office consacre des normes de référence à valeur constitutionnelle, la décision n° 76-67 DC du 15 juillet 1976 (décision n° 76-67 DC du 15 juillet 1976, Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, Journal officiel du 20 juillet 1976, p. 4330) est la première dans laquelle le Conseil a utilisé la notion de « principe à valeur constitutionnelle ».

dans son acception large, ce principe est une « découverte jurisprudentielle »[2146]. Il est protéiforme et recouvre de « nombreuses facettes »[2147] : le pluralisme des courants d'expression socioculturels[2148], le pluralisme des entreprises de presse[2149] ou encore le pluralisme des moyens de communication[2150]. Le pluralisme des courants d'idées et d'opinions apparaît, quant à lui, timidement en 1981[2151] et en 1988[2152]. En 1990[2153], le juge de la constitutionnalité explique que « les critères retenus par le législateur ne doivent pas conduire à méconnaître l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions qui constitue le fondement de la démocratie »[2154]. Néanmoins, à cette date, le juge de la constitutionnalité ne lui attribue que le qualificatif « d'exigence » et ne précise pas sa valeur juridique. Il faut attendre la décision n°2000-428 DC du 4 mai 2000[2155] pour que le pluralisme des courants d'idées et d'opinions soit consacré explicitement dans la hiérarchie des normes. Il est doté de la valeur juridique suprême tout en conservant sa dénomination « d'exigence » qui « implique une idée de vigilance et d'obligation à réaliser »[2156]. Pour autant, c'est le juge électoral qui le consacre comme étant un principe constitutionnel. En ce sens, la jurisprudence du juge de la constitutionnalité est prolongée par le juge électoral.

Le juge des élections confirme, et même accentue, la position du juge de la constitutionnalité. En effet, la même année, dans sa décision n° 2000-23 REF du 23 août

---

De la sorte, le Conseil évite de se prononcer sur l'origine de tels principes (voir en ce sens M.-C. Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 124). Toutefois, ils ont, le plus souvent, une source textuelle puisée dans le Préambule de la Constitution de 1946 (*cf.* J. Robert, « Table ronde » *in Le Conseil constitutionnel a quarante ans*, *op. cit.*, p. 39).

[2146] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 412.

[2147] P. de Montalivet, « Liberté d'expression et de communication (dans les médias) » *in* G. Drago (dir.), « Observatoire de jurisprudence constitutionnelle - Chronique n°1 », *CCC*, n°28, 2010, p. 157.

[2148] Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *Journal officiel* du 18 janvier 1989, p. 754, cons. 26.

[2149] Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, Loi portant réforme du régime juridique de la presse, *Journal officiel* du 30 juillet 1986, p. 9393, cons. 23.

[2150] Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, *Journal officiel* du 19 septembre 1986, p. 11294, cons. 11 ; Décision n° 93-333 DC du 21 janvier 1994, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *Journal officiel* du 26 janvier 1994, p. 1377, cons. 4.

[2151] Décision n° 81-129 DC du 31 octobre 1981, Loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion, *Journal officiel* du 1er novembre 1981, p. 2997, cons. 13.

[2152] Décision n° 88-242 DC du 10 mars 1988, Loi organique relative à la transparence financière de la vie politique, *Journal officiel* du 12 mars 1988, p. 3350, cons. 26.

[2153] Décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, *Journal officiel* du 13 janvier 1990, p. 573.

[2154] Extrait du considérant 12 de la décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990.

[2155] Décision n°2000-428 DC du 4 mai 2000, Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, *Journal officiel* du 10 mai 2000, p. 6976, cons. 21.

[2156] M.-L. Pavia, « L'existence du pluralisme, fondement de la démocratie », *RA*, 1990, p. 321.

2000[2157], il érige le pluralisme des courants d'idées et d'opinions au rang de « principe »[2158]. Il ne s'agit donc plus d'une simple exigence comme l'avait indiqué le juge de la constitutionnalité. « Ce changement de label indique (…) une préférence de la part du Conseil et une volonté d'accorder à cet aspect du pluralisme une protection plus affirmée »[2159]. Le juge électoral renforce la place accordée au pluralisme. Ce faisant, il poursuit ainsi l'œuvre du juge de la constitutionnalité.

Certes, sa valeur juridique avait été conférée par une décision du juge de la constitutionnalité, mais la qualification explicitement attribuée par le juge électoral lui permet d'intégrer la catégorie des principes de valeur constitutionnelle. Cette dernière désigne de façon générale et générique « un ensemble de normes (…) sans les rattacher de façon explicite à un texte »[2160]. Le juge électoral confirme ainsi les décisions du juge de la constitutionnalité. Lors du référendum de 2000[2161], par exemple, le juge du contentieux référendaire a estimé que le pluralisme des courants d'idées et d'opinions était respecté par « les critères de représentativité retenus pour l'habilitation des partis et groupements politiques à participer à la campagne référendaire permettent que soient portées à la connaissance des électeurs les différentes prises de position ».

En conséquence, les décisions du juge de la constitutionnalité sont au service du juge électoral. L'inverse est aussi vrai : les décisions du juge électoral sont parfois confirmées par le juge de la constitutionnalité.

§2 : Les solutions du contentieux électoral confirmées par le juge de la constitutionnalité

Le contentieux électoral influence parfois la jurisprudence du juge de la constitutionnalité. Le juge électoral a déjà adopté des interprétations extensives de la loi. Pourtant, il devrait uniquement se contenter de l'appliquer sans la suppléer. Dans ce cas, il est arrivé que le

[2157] Décision n° 2000-23 REF du 23 août 2000, Décision du 23 août 2000 sur une requête présentée par Monsieur Pierre LARROUTUROU, *Journal officiel* du 26 août 2000, p. 13166.
[2158] Extrait du considérant 6 : « les auteurs du décret n'ont, en raison notamment du caractère limité du temps d'antenne disponible à la radio et à la télévision en vue de la campagne officielle, ni porté atteinte à l'égalité entre les partis et groupements politiques, ni violé le principe de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants d'idées et d'opinions ».
[2159] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 421.
[2160] M.-C. Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge de la constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 124.
[2161] Décision n° 2000-25 REF du 6 septembre 2000, Décision du 6 septembre 2000 sur une requête présentée par Monsieur Charles PASQUA, *Journal officiel* du 9 septembre 2000, p. 14165.

législateur adopte une disposition reprenant la précision du juge des élections. Dans l'hypothèse où la disposition est soumise à un contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, n'ignore pas la décision du juge électoral. En effet, il contrôle succinctement, voire n'examine pas, la disposition législative qui avalise la position du juge électoral.

En 1993[2162], le Conseil constitutionnel a été saisi par une décision de la C.N.C.C.F.P[2163] puisque le compte d'un candidat[2164] avait été rejeté. Le juge électoral, à cette occasion, a posé le principe selon lequel le compte de campagne ne peut être déficitaire[2165]. Le législateur a fait sienne cette position jurisprudentielle[2166]. Un alinéa à l'article L. 52-12 du code électoral[2167] a été ajouté grâce à la loi du 19 janvier 1995[2168]. Cette loi a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*[2169]. À cette occasion, le Premier ministre, auteur de la saisine, n'a formulé aucun grief : il s'agissait d'une saisine blanche[2170]. Néanmoins, dès le premier considérant, le juge de la constitutionnalité a précisé qu'il lui appartenait « de relever d'office toute disposition de la loi déférée qui méconnaît des règles ou principes de valeur constitutionnelle ». En conséquence, il incombait au Conseil constitutionnel « non seulement, de rechercher les dispositions législatives contraires à la Constitution, mais encore, de découvrir les motifs éventuels de leur inconstitutionnalité »[2171]. Il lui appartenait donc de soulever d'office des éléments de la loi qui lui semblaient inconstitutionnels. Seuls les articles 20 et 27 ont été contrôlés dans les motifs. Après les avoir examinés, il décide « qu'aucun de ces articles [de la loi] ne porte atteinte à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle »[2172]. Il adopte

[2162] Décision n° 93-1657 AN du 4 novembre 1993, A.N., Meuse (1ère circ.), *Journal officiel* du 16 novembre 1993, p. 15825.
[2163] Le Conseil constitutionnel est juge d'appel des décisions de la Commission pour les élections dont le Conseil constitutionnel a à connaître. En vertu de l'alinéa 3 de l'article L. 52-15 du code électoral : « Lorsque la commission a constaté que le compte de campagne n'a pas été déposé dans le délai prescrit, si le compte a été rejeté ou si, le cas échéant après réformation, il fait apparaître un dépassement du plafond des dépenses électorales, la commission saisit le juge de l'élection ».
[2164] Michel Triffaut était candidat de la première circonscription législative de la Meuse lors de l'élection législative du 21 mars 1993.
[2165] Considérant 2 de la décision n° 93-1657 AN du 4 novembre 1993.
[2166] J.-P. Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, *op. cit.*, p. 198.
[2167] Article L. 52-12 du code électoral, alinéa 1 : « (…) Le compte de campagne doit être en équilibre ou excédentaire et ne peut présenter un déficit ».
[2168] Article 7 de la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique, publiée au *Journal officiel* n°18 du 21 janvier 1995 p. 1105.
[2169] Décision n° 95-363 DC du 11 janvier 1995, Loi relative au financement de la vie politique, *Journal officiel* du 14 janvier 1995, p. 733.
[2170] Considérant 1 de la décision n° 95-363 DC du 11 janvier 1995.
[2171] F. Mélin-Soucramanien, « Non-conformité à la Constitution de certaines dispositions de la loi relative au financement de la vie politique », *D.*, 1997, p. 139.
[2172] Considérant 10 de la décision n° 95-363 DC du 11 janvier 1995.

donc « un considérant-balai de conformité totale »[2173]. De telle sorte que l'article 7 de la loi de 1995 modifiant l'article L. 52-12 du code électoral fait partie de ce considérant-balai. Ainsi, le juge de la constitutionnalité n'a pas examiné la disposition en cause parce qu'elle reprenait une jurisprudence établie par le juge électoral[2174].

Dans d'autres circonstances, la jurisprudence du juge électoral inspire le juge de la constitutionnalité. Une décision DC de 2015[2175] le prouve. En censurant certaines dispositions de la loi, le juge de la constitutionnalité tire les conséquences de plusieurs décisions du juge électoral[2176]. En 2013, la C.N.C.C.F.P avait rejeté quelques comptes de campagne de candidats[2177] aux élections législatives de 2012. Ces derniers avaient en effet utilisé leur indemnité représentative de frais de mandat pour les dépenses de campagne, en l'intégrant dans la rubrique « apport personnel »[2178]. Or, conformément à l'article L. 136-2 du code électoral, dans sa version en vigueur au 1er janvier 2013[2179], « l'indemnité représentative de frais de mandat [est] versée à titre d'allocation spéciale pour frais par les assemblées à tous leurs membres ».

Le juge électoral est alors saisi automatiquement eu égard aux décisions de rejet de la C.N.C.C.F.P. Toutefois, « la position prise par la Commission (…) dans l'exercice de ses attributions ne saurait préjuger la décision du Conseil constitutionnel »[2180]. Ce dernier peut en effet juger que l'institution a rejeté à tort un compte de campagne d'un candidat ou d'un élu. À la différence de l'indemnité de fonction, l'indemnité représentative de frais de mandat n'est pas une composante de l'indemnité parlementaire[2181]. Néanmoins, cette dernière ne peut servir à financer une campagne électorale, selon le juge des élections, puisque, en vertu de l'article

---

[2173] A.-C. Bezzina, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 220, note de bas de page 102.

[2174] Ultérieurement le juge électoral confirme la position qu'il avait adoptée et la nouvelle disposition de l'article L. 52-12 du code électoral : cf. décision n° 95-2078 AN du 19 janvier 1996, A.N., Bas-Rhin (4ème circ.), *Journal officiel* du 24 janvier 1996, p. 1186.

[2175] Décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015, Loi relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, *Journal officiel* n°0014 du 17 janvier 2015 p. 783, texte n° 2.

[2176] M.-C. de Montecler, « Le redécoupage des régions entériné par le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2015, p. 76.

[2177] Pierre Morange, Maryse Joissains-Masini, Daniel Boisserie et Gabriel Serville.

[2178] Publication simplifiée des comptes de campagne pour les élections législatives de juin 2012, publiée au *Journal officiel* le 12 juillet 2013, n°3, p. 371 (Pierre Morange), p. 50 (Maryse Joissains-Masini) et p. 407 (Daniel Boisserie), p. 476 (Gabriel Serville).

[2179] Résultant de la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013 publiée au *Journal officiel* n°0304 du 30 décembre 2012 p. 20859.

[2180] Décision n° 90-273 DC du 4 mai 1990, Loi organique relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés, *Journal officiel* du 7 mai 1990, p. 5532.

[2181] Décision n° 2015-712 DC du 11 juin 2015, Résolution réformant les méthodes de travail du Sénat dans le respect du pluralisme, du droit d'amendement et de la spécificité sénatoriale, pour un Sénat plus présent, plus moderne et plus efficace, *Journal officiel* n°0136 du 14 juin 2015 p. 9865, texte n° 35.

L. 52-8 du code électoral, « les personnes morales, à l'exception des partis ou groupements politiques, ne peuvent participer au financement de la campagne électorale d'un candidat, ni en lui consentant des dons sous quelque forme que ce soit, ni en lui fournissant des biens, services ou autres avantages directs ou indirects à des prix inférieurs à ceux qui sont habituellement pratiqués »[2182]. C'est en effet « dans un souci de moralisation de la vie publique [que] le législateur a entendu écarter de la liste des sources possibles de financements privés un grand nombre de donateurs potentiels, parmi lesquels les personnes morales de droit public, ce qui exclut entre autres les collectivités territoriales et leurs établissements publics »[2183]. Le juge électoral a déjà eu l'occasion de préciser l'interprétation de ces dispositions[2184]. Le Conseil constitutionnel, en tant que juge électoral, adopte un considérant de principe[2185] pour les quatre décisions rendues en mars et en avril 2013[2186]. Si dans trois cas[2187] il a admis que la C.N.C.C.F.P. avait rejeté à bon droit le compte de campagne[2188], il a néanmoins refusé de prononcer l'inéligibilité. Cette sanction est pourtant « la conséquence du rejet à bon droit du compte »[2189]. Son indulgence est justifiée en ces termes : « eu égard aux interprétations successives relatives à l'utilisation de l'indemnité représentative de frais de mandat, [le candidat] ne pouvait, en l'espèce, être regardé comme ayant méconnu une obligation substantielle dont il

[2182] En vertu de l'article L. 52-8 du code électoral, dans sa version résultant de la loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique publiée au *Journal officiel* n°0092 du 19 avril 2011 p. 6831.
[2183] A. Urgin, « La recette des candidats », *Pouvoirs*, n°70, 1994, p. 21.
[2184] Les cérémonies municipales de présentation des vœux ou encore les invitations à des manifestations festives habituellement organisées par une commune ne peuvent être regardées comme étant des dons d'une personne morale interdite par ledit article, voir en ce sens les décisions n° 2017-5112 AN du 18 décembre 2017, A.N., Landes (3ème circ.), M. Jean-Pierre STEINER, *Journal officiel* n°0295 du 19 décembre 2017, texte n° 88, cons. 17 ; n° 2017-5115 AN du 8 décembre 2017, A.N., Hérault (6ème circ.), Mme Isabelle VOYER, *Journal officiel* n°0290 du 13 décembre 2017 texte n° 79, cons. 6 ; n° 2002-2660 AN du 5 décembre 2002, A.N., Hauts-de-Seine (2ème circ.), *Journal officiel* du 12 décembre 2002, p. 20523, cons. 2.
[2185] « Considérant que « l'indemnité représentative de frais de mandat » correspond, selon les termes de l'article L. 136-2 du code de la sécurité sociale, à une indemnité « versée à titre d'allocation spéciale pour frais par les assemblées à tous leurs membres » ; qu'elle est par suite destinée à couvrir des dépenses liées à l'exercice du mandat de député ; qu'en conséquence, cette indemnité ne saurait, sans méconnaître les dispositions précitées de l'article L. 52-8 du code électoral, être affectée au financement d'une campagne électorale à laquelle le député est candidat ».
[2186] Décision n° 2012-4715 AN du 1er mars 2013, A.N., Haute-Vienne (2ème circ.), *Journal officiel* 5 mars 2013 p. 4004, texte n° 50 ; Décision n° 2013-4793 AN du 1er mars 2013, A.N., Yvelines (6ème circ.), *Journal officiel* 5 mars 2013 p. 4004, texte n° 51 ; Décision n° 2013-4795 AN du 1er mars 2013, A.N., Bouches-du-Rhône (14ème circ.), *Journal officiel* 5 mars 2013 p. 4005, texte n° 52 ; Décision n° 2013-4845 AN du 12 avril 2013, A.N., Guyane (1ère circ.), *Journal officiel* du 17 avril 2013 p. 6721, texte n° 70.
[2187] Décision n° 2012-4715 AN du 1er mars 2013, A.N., Haute-Vienne (2ème circ.) ; Décision n° 2013-4795 AN du 1er mars 2013 ; Décision n° 2013-4845 AN du 12 avril 2013, A.N., Guyane (1ère circ.).
[2188] Dans le dernier cas, il a estimé qu'elle l'avait rejeté à tort, voir la décision n° 2013-4793 AN du 1er mars 2013.
[2189] B. Genevois, « Le nouveau rôle du juge de l'élection », *Pouvoirs*, n°70, 1994, p. 77.

ne pouvait méconnaître la portée »[2190]. Ainsi, compte tenu de l'ignorance de cette règle par les députés, le juge électoral se montre relativement clément.

Cette mansuétude du juge électoral provient des interprétations divergentes de la C.N.C.C.F.P par rapport à l'indemnité représentative des frais de mandat[2191]. En effet, dans un avis confidentiel rendu en 2006, le Président de la Commission précisait que « l'utilisation de cette indemnité par un parlementaire n'est en aucun cas un avantage en nature fourni par une personne morale en violation des dispositions de l'article L. 52-8 du Code électoral »[2192]. La position de la C.N.C.C.F.P a évolué entre les élections législatives de 2007 et celles de 2012. Le juge électoral a dès lors fait preuve de pédagogie en retenant la bonne foi des candidats[2193]. Toutefois, la sanction suivra désormais « l'avertissement »[2194] puisque cette tolérance est devenue « caduque »[2195]. Si une telle pratique était à nouveau constatée, le candidat encourrait désormais une inéligibilité[2196]. C'est la sanction qu'aurait infligée le juge électoral à l'encontre de Jean-Louis Masson si le requérant avait prouvé que ce sénateur avait utilisé son indemnité aux fins de financer sa campagne pour l'élection de 2017 dans le département de la Moselle[2197].

Le juge de la constitutionnalité a donc saisi l'occasion, en 2015, de censurer une disposition législative qui méconnaissait la jurisprudence du juge des élections. La disposition prévoyait que pendant une année, rétroactivement, les candidats aux élections départementales, membres du Parlement, auraient été placés dans une situation différente vis-à-vis de ceux qui n'en étaient pas membres. En vertu des dispositions de l'article 10 de la loi du 16 janvier 2015[2198], l'article L. 58-8-1 du Code électoral ne devait s'appliquer qu'à partir du 17 septembre 2014. Or, cet article avait été créé par une loi de 2013[2199]. De façon rétroactive, il ne devait donc plus produire

[2190] Considérant 6 des décisions n° 2013-4795 AN du 1er mars 2013 et n° 2012-4715 AN du 1er mars 2013, A.N., Haute-Vienne (2ème circ.).
[2191] Voir en ce sens : D. Biroste, « L'interdiction de financer une campagne électorale avec l'IRFM », *LPA*, n°139, 2013, p. 18.
[2192] Lettre de F. Logerot, 12 mai 2006 *in* D. Biroste, « L'interdiction de financer une campagne électorale avec l'IRFM », art. cité, p. 18.
[2193] B. Poujade, « L'utilisation de l'indemnité représentative de frais de mandat pour financer une campagne électorale », *AJDA*, 2013, p. 1062.
[2194] M. Heitzmann-Patin et M.-O. Peyroux-Sissoko, « Moralisation de la vie politique : le Conseil constitutionnel ouvre la voie », *JCP A*, n° 37, 2013, p. 29.
[2195] J.-P. Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, *op. cit.*, p. 217.
[2196] Décision n° 2013-26 ELEC du 11 juillet 2013, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2012, *Journal officiel* du 17 juillet 2013 p. 11956, texte n° 100.
[2197] Décision n° 2017-5259 SEN du 6 avril 2018, SEN, Moselle, M. Olivier SCHMITT, Rendu public le 6 avril 2018.
[2198] Loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, publiée au *Journal officiel* n°0014 du 17 janvier 2015, p. 777.
[2199] Créé par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique publiée au *Journal officiel* n°0238 du 12 octobre 2013, p. 16829.

d'effets juridiques entre le 11 octobre 2013, date de sa publication, et le 17 septembre 2014. Conformément à l'article L. 58-8-1 du Code électoral : « aucun candidat ne peut utiliser, directement ou indirectement, les indemnités et les avantages en nature mis à disposition de leurs membres par les assemblées parlementaires pour couvrir les frais liés à l'exercice de leur mandat ».

Ainsi, les candidats aux élections départementales, qui sont également membres du Parlement, auraient pu utiliser leurs indemnités représentatives pour couvrir leur frais de campagne sur la période allant du 11 octobre 2013 au 17 septembre 2014. Cette indemnité aurait pu être utilisée par un parlementaire candidat à d'autres élections. De la sorte, un parlementaire concourant aux élections départementales aurait été placé dans une situation différente de son collègue candidat aux élections législatives ou sénatoriales. En effet, pour ces dernières, le juge électoral avait condamné une telle pratique. Eu égard à cette différence de traitement, le juge de la constitutionnalité estime que le principe d'égalité des candidats devant le suffrage est méconnu[2200]. Ainsi, s'inspirant de sa jurisprudence dans le cadre du contentieux électoral[2201], le juge de la constitutionnalité censure ces dispositions. D'ailleurs, en prenant le soin de viser les décisions rendues par le juge électoral dans sa décision de conformité[2202], il rappelle la position adoptée à cette occasion : « considérant que, par trois décisions du 1er mars 2013 susvisées, le Conseil constitutionnel a jugé que l'indemnité représentative de frais de mandat est destinée à couvrir des dépenses liées à l'exercice du mandat parlementaire et qu'en conséquence, elle ne saurait, sans méconnaître les dispositions de l'article L. 52-8 du code électoral, être affectée au financement d'une campagne électorale à laquelle un membre du Parlement est candidat »[2203].

La décision juge de la constitutionnalité n'est pas « étonnante »[2204] mais prouve qu'il y a une interaction entre les deux offices. Le Conseil utilise son office de juge de la constitutionnalité pour assurer la continuité de sa jurisprudence électorale. Les contentieux de la constitutionnalité et des élections sont liés. Les décisions du juge de la constitutionnalité sont utilisées par le juge électoral pour statuer. Réciproquement, le juge de la constitutionnalité fait sienne la jurisprudence du juge électoral. Dès lors que le juge de la constitutionnalité est saisi

[2200] Considérant 34 de la décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015.
[2201] M. Verpeaux, « Les nouvelles régions sont constitutionnelles », *JCP A*, n° 12, 2015, p. 2074.
[2202] « Vu les décisions du Conseil constitutionnel du 1er mars 2013, n° 2013-4793 AN, n° 2013-4795 AN et n° 2012-4715 AN ».
[2203] Considérant 33 de la décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015.
[2204] B. Maligner, « Le volet électoral de la loi du 16 janvier 2015 », *AJDA*, 2015, p. 615.

de dispositions législatives relatives à la matière électorale, il n'ignore pas la position adoptée par le juge des élections.

Conclusion du chapitre

Le juge de la constitutionnalité participe au déroulement des élections. Son intervention est parfois explicitement consacrée lorsqu'il doit contrôler la constitutionnalité de la proposition de loi en vue d'un référendum d'initiative partagée. Dans d'autres cas, sa contribution est plus subtile car elle est bien antérieure à la tenue d'élections. À ce titre, il contrôle la conformité à la Constitution de dispositions législatives organisant les scrutins.

En conséquence, les offices du Conseil constitutionnel ne sont pas autonomes, ils s'articulent. L'office du juge de la constitutionnalité n'est pas étranger à la matière électorale. Bien au contraire, il contribue, lui aussi, à faire en sorte que les scrutins se déroulent correctement. Il permet l'organisation d'élections constitutionnellement valides. Ainsi, le juge de la constitutionnalité s'immisce dans ce domaine qui pourtant est réservé à un autre office du Conseil constitutionnel. Toutefois son rôle est différent. Le juge de la constitutionnalité prépare le contentieux électoral sans empiéter sur les compétences du juge électoral. Grâce au juge de la constitutionnalité, le contentieux électoral est assaini : les scrutins sont respectueux des principes démocratiques. Ces derniers sont entendus largement comme recouvrant le respect de la volonté majoritaire du peuple et les droits de l'Homme.

Comme la Constitution de 1958 est relativement silencieuse, voire « quasiment muette »[2205], à propos de de la matière électorale[2206], le juge de la constitutionnalité a construit une jurisprudence étoffée en la matière. Il a surmonté les omissions constitutionnelles pour permettre la tenue d'élections démocratiques. En ce sens, l'office du juge de la constitutionnalité, loin de méconnaître le domaine des élections, concourt à leur organisation. Le prolongement de ces deux offices ne s'arrête pas là. Le rôle de gardien de la Constitution qu'exerce le juge des élections est des plus surprenants.

[2205] M. Verpeaux, « Note sous décision n° 2000-430 DC », *LPA*, n°258, 2001, p. 22.

[2206] Certaines constitutions étrangères sont plus précises. Par exemple, la constitution espagnole prévoit explicitement en son article 23.1 que « les citoyens ont le droit de participer aux affaires publiques, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement élus à des élections périodiques au suffrage universel ». Voir D. Rémy-Granger, « Le pouvoir de suffrage », *in* D. Chagnollaud et M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 2, *op. cit.*, p. 370.

Chapitre 2 : Le juge électoral : garant de la Constitution

Le juge électoral est un juge original en ce qu'il se comporte tantôt comme un juge de la constitutionnalité tantôt comme un juge ordinaire[2207]. Juge de la constitutionnalité en ce qu'il accepte d'opérer un contrôle de constitutionnalité des lois. Juge ordinaire puisqu'au même titre que les autres juges, il est chargé de veiller au respect des engagements internationaux ainsi que du texte constitutionnel. En effet, le juge administratif, par exemple, assure le « contrôle de l'existence de la loi », prend « en compte (…) l'abrogation par la Constitution d'une loi ancienne inconciliable avec elle », limite le « nombre des hypothèses où des actes des autorités exécutives se sont vus reconnaître un statut législatif » et interprète « des lois à la lumière des normes supérieures par le biais notamment de la théorie des principes généraux du droit »[2208]. En somme, le respect de la Constitution est exigé par toutes les juridictions.

L'arrêt *Sarran*[2209], une illustration parmi d'autres, prouve que le juge administratif applique rigoureusement la Constitution. L'article 76 de la Constitution prévoit d'une part que la population kanak est amenée à se prononcer avant le 31 décembre 1998 sur l'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie et d'autre part que des décrets pris en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État, doivent être édictés pour organiser le scrutin. C'est précisément l'un de ces décrets qui a fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif. Ses dispositions prévoyaient que « sont admis à participer à la consultation du 8 novembre 1998 les électeurs inscrits à cette date sur les listes électorales du territoire et qui ont leur domicile en Nouvelle-Calédonie depuis le 6 novembre 1988 »[2210]. Une durée de résidence de dix années était exigée pour participer au scrutin. Les requérants contestaient notamment cette disposition pour méconnaissance de plusieurs engagements internationaux[2211]. La juridiction suprême administrative rétorque que « la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ». En effet, le décret en cause avait été pris sur fondement d'une disposition

[2207] W. Mastor et F. Hourquebie, « Les cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », NCCC, n°34, 2012, p. 143.
[2208] B. Genevois, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA*, 2000, p. 715.
[2209] CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, Recueil p. 369.
[2210]Article 3 du décret n°98-733 du 20 août 1998 portant organisation de la consultation des populations de la Nouvelle-Calédonie prévue par l'article 76 de la Constitution publié au *Journal officiel* n°193 du 22 août 1998, p. 12844.
[2211] L'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 3 de son protocole additionnel n° 1 ainsi que les articles 2, 25 et 26 du pacte international relatif aux droits civils et politiques.

constitutionnelle[2212]. En d'autres termes, la norme suprême prime sur les règles internationales. Même si cette jurisprudence était prévisible[2213], « le Conseil d'État a énoncé pour la première fois de façon aussi claire sa conception de la hiérarchie des normes juridiques »[2214]. Le juge judiciaire préserve, lui aussi, la Constitution. La Cour de cassation combine en général des textes internes et internationaux « mais rien n'empêche [qu'elle] soulève d'office un moyen de pur droit tiré de la violation de la Constitution »[2215].

En conséquence, le juge électoral assure, au même titre que les autres juridictions, une protection du texte constitutionnel. Il a la charge de veiller à la volonté électorale, il est le gardien du respect des règles électorales. « Les élections sont une condition *sine qua non* de la démocratie, en tant qu'elles constituent l'alternative moderne à la légitimité charismatique ou historique ; par elles, la raison d'être du gouvernant tient au fait qu'il représente (…) la volonté du peuple, à tout le moins du corps électoral »[2216]. Certes, il n'est pas le seul juge électoral mais c'est l'unique juge des élections nationales. Ainsi, il assure un rôle de gardien des règles démocratiques (Section 1). Il veille en effet au respect du texte constitutionnel en contrôlant la constitutionnalité des actes qui lui sont soumis. Toutefois, son rôle évolue. Il avait une compétence relativement limitée jusqu'en 2012. Depuis cette date, la confusion des offices est à son paroxysme puisque le juge électoral effectue désormais un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois (Section 2).

Section 1 : Un juge électoral, gardien des règles démocratiques

Le juge électoral préserve les fondements de la démocratie. « Dans une société comme la nôtre y-a-t-il de contentieux plus important que celui de la désignation par le peuple des représentants chargés d'exprimer sa volonté ? C'est en réalité le contrôle majeur puisque c'est celui de la démocratie »[2217].

[2212] M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21ème édition, Dalloz, 2017, p. 688.
[2213] D. Alland, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, 1998, p. 1094.
[2214] C. Maugüé, « L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité », art. cité, p. 104.
[2215] R. de Gouttes, « L'application de la Constitution par la Cour de cassation », *in* G. Drago (dir.), *L'application de la constitution par les cours suprêmes, Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation*, Dalloz, 2007, p. 66.
[2216] L. Fonbaustier, « Élection » *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 607.
[2217] P. Ardant, « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État » *in Conseil constitutionnel et Conseil d'État - Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, *op. cit.*, p. 55.

La démocratie consiste notamment à respecter la volonté majoritaire du peuple dans le choix de ses gouvernants[2218]. En ce sens, la démocratie est « le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple »[2219] : le peuple est souverain. La Constitution de la V[ème] République a fait le choix de confondre les deux souverainetés, nationale et populaire : les électeurs choisissent leurs représentants et s'expriment aussi par la voie du référendum[2220].

Cette conception de la démocratie est évidemment liée au libéralisme. Les droits de l'Homme, reconnus par et pour tous les individus, doivent être respectés. Parmi eux, les droits-participation impliquent un droit à des élections libres et constituent l'un des fondements de « la légitimité de tout pouvoir politique »[2221]. Ces droits sont « cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par l'État de droit»[2222].

Ces deux piliers démocratiques doivent être préservés. En France, pour les élections nationales, le Conseil constitutionnel a un rôle qui s'exerce en amont des élections (§1) et également en aval (§2). À ce titre, il préserve le texte constitutionnel. Ainsi, dans son office de juge électoral, le Conseil constitutionnel n'ignore pas son rôle de garant de la Constitution. D'ailleurs, en protégeant la Constitution, le juge électoral a parfois exercé, de façon insidieuse, les compétences du juge de la constitutionnalité. En effet, avant 2012[2223], il a opéré des examens de constitutionnalité accidentels (§3). Ceci prouve que le Conseil constitutionnel ne parvient pas à exercer son office de juge électoral indépendamment de son office de juge de la constitutionnalité. Ces deux offices apparaissent imbriqués.

§1 : Le contrôle des actes préparatoires interdisant la tenue d'un scrutin inconstitutionnel

Le juge électoral protège le texte suprême, en s'assurant que les scrutins ne sont pas inconstitutionnels. Néanmoins, ce n'est que tardivement qu'il a accepté de connaître des actes préparatoires à l'élection (A). La jurisprudence du juge électoral montre que ces actes sont

[2218] J.-M. Denquin, « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie » *in* D. Chagnollaud et M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 1, *op. cit.*, p. 60.
[2219] Article 2 de la Constitution.
[2220] Article 3 de la Constitution : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».
[2221] L. Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 7[ème] édition, Dalloz, 2015, p. 540.
[2222] CEDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c/Royaume-Uni* (n° 2), § 58.
[2223] Décision n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012, Sénat, Loiret, *Journal officiel* du 14 janvier 2012, p. 750.

davantage confrontés à la Constitution qu'à un contrôle de légalité (B). La protection de la Constitution n'est donc pas oubliée dans l'exercice de cet office.

A. L'exercice tardif du contrôle des actes préparatoires aux scrutins

Le Conseil constitutionnel, juge électoral, a longtemps refusé de contrôler les actes préliminaires aux scrutins (1). Néanmoins, sa jurisprudence a connu une évolution dans les années 1980 (2).

1. Le refus initial de connaître des actes préparatoires

Le Conseil constitutionnel, saisi en tant que juge électoral, contrôle les actes préparatoires aux scrutins même si cette compétence a émergé tardivement. En effet, le contrôle des actes préparatoires aux élections relève, logiquement, du juge administratif car ce sont des actes administratifs : il s'agit de décrets[2224] ou encore d'arrêtés[2225]. Il possède, à ce titre, une compétence protégée constitutionnellement par un principe fondamental reconnu par les lois de la République[2226]. Pour autant, le Conseil constitutionnel s'est estimé compétent pour en connaître.

Le contentieux des députés et des sénateurs a, dans un premier temps, été confié à une Commission constitutionnelle provisoire. Bien que la Constitution date du 4 octobre 1958, les nouvelles institutions ont été progressivement installées dans les quatre mois suivant sa promulgation[2227]. Pendant ce temps, une transition s'est opérée : la Commission constitutionnelle provisoire a précédé le Conseil constitutionnel. « Il était impératif, avant la

[2224] Comme les décrets portant convocation des électeurs : pour un exemple, décret n° 2018-116 du 20 février 2018 portant convocation des électeurs pour l'élection d'un député à l'Assemblée nationale (5ème circonscription des Français établis hors de France) publié au *Journal officiel* n°0043 du 21 février 2018, texte n° 10 est un acte préparatoire à l'élection.

[2225] Tels que les arrêtés préfectoraux fixant la liste des candidats au premier tour de scrutin des élections législatives pour chacune de ses circonscriptions. Par exemple : l'arrêté préfectoral n°75-2017-05-24-001 fixant la liste des candidats et de leurs remplaçants pour le premier tour des élections législatives des 11 et 18 juin 2017 constitue un acte préliminaire aux élections législatives.

[2226] Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *Journal officiel* du 25 janvier 1987, p. 924, cons. 15.
F. Moderne, « À propos du contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs dans le droit public français contemporain », art. cité, p. 915.

[2227] Article 91 de la Constitution abrogé par la loi constitutionnelle n°93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI publiée au *Journal officiel* n°172 du 28 juillet 1993 p. 10600.

mise en place du Conseil, qu'une commission électorale au-dessus de tout soupçon se voie confier le contentieux de l'élection présidentielle (…) et le contentieux des élections parlementaires »[2228].

Cette dernière a rendu quatre-vingt-dix-neuf décisions[2229] relatives aux élections législatives alors qu'elle n'en a rendu que trois[2230] concernant les élections sénatoriales. En revanche, les seules décisions concernant l'élection présidentielle du 21 décembre 1958 sont relatives à la proclamation des résultats[2231] et à la liste des candidats[2232]. Composée du vice-président du Conseil d'État, du premier président de la Cour de cassation et du président de la Cour des comptes[2233], la Commission constitutionnelle provisoire a siégé du 4 décembre 1958 au 16 janvier 1959[2234].

En 1958, un requérant a remis en cause les opérations électorales de la première circonscription du Gard. Toutefois, ce dernier n'a pas contesté l'élection du député en tant que tel mais un élément afférent à l'élection, à savoir la régularité d'un bulletin de vote[2235]. La Commission a alors jugé que la contestation ne relevait pas de sa compétence[2236]. Cette position a ensuite été reprise par le Conseil constitutionnel : il s'est longtemps estimé incompétent pour les actes préparatoires ainsi que pour les opérations connexes aux élections[2237]. Cette jurisprudence du Conseil constitutionnel « pouvait s'avérer lourdes de conséquences, car cela pouvait permettre à un exécutif peu scrupuleux d'opérer impunément une certaine pression sur

[2228] J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel*, *La V^ème^ République*, Tome 2, *op. cit*., p. 24.
[2229] La dernière est la décision n° 58-46 AN du 16 février 1959, A.N., Algérie (14ème circ.), *Journal officiel* du 19 février 1959, p. 2128.
[2230] Décision n° 58-1 SEN du 4 décembre 1958, C.R., Seine-Maritime, *Journal officiel* du 7 décembre 1958, p. 10999 ; Décision n° 58-5 SEN du 4 décembre 1958, C.R., Gabon, *Journal officiel* du 7 décembre 1958, p. 10999 ; Décision n° 58-2/3/4 SEN du 17 janvier 1959, C.R., Guadeloupe, *Journal officiel* du 21 janvier 1959, p. 1128.
[2231] Décision n° 59-2 PDR du 8 janvier 1959, Proclamation des résultats du scrutin du 21 décembre 1958 pour l'élection du Président de la République, Président de la Communauté, *Journal officiel* du 9 janvier 1959, p. 673.
[2232] Décision n° 58-1 PDR du 13 décembre 1958, Liste des candidats à l'élection du Président de la République, *Journal officiel* du 14 décembre 1958, p. 11266.
[2233] Décision n° 58-1 ORGA du 22 novembre 1958, Arrêté relatif à l'organisation de la commission constitutionnelle provisoire, *Journal officiel* du 25 novembre 1958, p. 10578.
[2234] L. Philip, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 69.
[2235] Plus précisément, Monsieur Rebeuf était candidat aux élections législatives du 23 novembre 1958 dans la première circonscription du Gard. Afin d'être remboursé du montant de son cautionnement et de ses frais de propagande, il devait atteindre le seuil de 5% des suffrages exprimés. Pourtant, il ne lui manquait en réalité qu'une unique voix : sans cela, il n'atteignait pas le seuil minimal. Étant donné que plusieurs bulletins à son nom avaient été considérés comme nuls, il demande au juge électoral d'en régulariser un.
[2236] Décision n° 58-34 AN du 12 décembre 1958, A.N., Gard (1^ère^ circ.), *Journal officiel* du 16 décembre 1958, p. 11329.
[2237] Voir par exemple la décision n° 62-333 AN du 15 janvier 1963, A.N., Seine-et-Marne (3^ème^ circ.), *Journal officiel* du 24 janvier 1963, p. 863.

les électeurs »[2238]. Ainsi, les orientations de la Commission ont en ce sens joué un rôle décisif[2239]. La Commission « exerça, pendant cette courte période, une grande influence sur l'orientation de la jurisprudence du futur Conseil constitutionnel. Non seulement elle fixa les principes essentiels de la jurisprudence électorale (…) mais surtout c'est elle qui posa le principe de l'interprétation restrictive des textes définissant la compétence du Conseil »[2240].

Eu égard à la décision de la Commission constitutionnelle reprise par le Conseil constitutionnel, des requérants ont intenté un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État. Avant 1958[2241], le juge administratif s'estimait incompétent pour connaître de ce genre de réclamations. Pour autant, l'acte contestant les opérations électorales n'était pas assimilable à un acte de gouvernement car il ne bénéficiait pas d'une immunité juridictionnelle[2242]. En effet, l'incompétence du Conseil d'État résultait de la « compétence d'une autre autorité »[2243]. Après l'instauration de la V^{ème} République et la naissance du contrôle des élections politiques, le juge administratif n'a pas opéré de revirement de jurisprudence[2244]. Néanmoins, une nuance est à constater : le Conseil d'État fonde désormais son incompétence sur la théorie des actes non détachables, en estimant que l'acte contesté n'est pas détachable de l'élection. En conséquence, la résolution de la situation juridique en cause n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir. En revanche, si une série d'actes, considérés comme autonomes de cette situation, sont détachables, alors ils peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir[2245].

Ainsi, le juge administratif admettait qu'il « n'appart[enait] qu'au Conseil constitutionnel qui est, en vertu de l'article 59 de la Constitution (…), juge de l'élection des députés à l'Assemblée nationale d'apprécier la légalité des actes qui sont le préliminaire des opérations électorales »[2246]. L'attitude de la juridiction administrative suprême a été critiquée, notamment parce qu'il n'existait aucun recours juridictionnel possible. Pourtant « mieux vaut prévenir que guérir et il est clair qu'un recours pour excès de pouvoir jugé avant le scrutin est

[2238] J.-F. Prévost, « Le droit référendaire dans l'ordonnancement juridique de la Constitution de 1958 », *RDP*, 1977, p. 33.
[2239] E. Boitard, *Le contentieux électoral dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse de droit, Université Paris V, 2000, p. 28.
[2240] P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva et A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit*., p. 7.
[2241] CE, 6 août 1912, *Maître*, Lebon p. 982 ; CE, Ass., 2 novembre 1951, *Tixier*, Lebon p. 512.
[2242] P. Serrand, *L'acte de gouvernement (contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État)*, Thèse de droit, Université de Paris II, pp. 66-67.
[2243] *Ibid*., p. 69.
[2244] CE, Ass., 11 janvier 1963, *Rebeuf*, Lebon p. 18.
[2245] C. Broyelle, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 65-66.
[2246] CE, 3 juin 1981, *Delmas*, Lebon p. 244.

préférable à une saisine du juge de l'élection intervenant *a posteriori* »[2247]. C'est pour cette raison que la jurisprudence de la Haute instance a connu une évolution.

2. Les actes préliminaires désormais contrôlés par le Conseil constitutionnel

La position du Conseil constitutionnel a évolué au début des années 1980 à l'occasion d'un recours dirigé contre un décret pour lequel le Conseil d'État s'était reconnu incompétent. Le juge électoral accepte, pour la première fois sous la V[ème] République, dans la décision du n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981[2248], de connaître d'un acte préliminaire à une élection. Ce dernier, qui plus est, était un acte présidentiel. En l'espèce, il s'agissait des décrets portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale et fixant le déroulement des opérations électorales[2249]. Certes, il n'a pas été « inventé pour jouer le rôle de tuteur du président de la République »[2250] mais ce revirement accroît ses compétences.

L'inflexion jurisprudentielle qu'opère le juge électoral à cette occasion semble exceptionnelle. En effet, il rappelle que ses compétences, en matière de contentieux électoral, s'entendent « habituellement »[2251] de façon restrictive. Puis, il met en avant les circonstances de l'espèce : les griefs « mettent en cause les conditions d'application de l'article 12 de la Constitution et, à cet égard, la régularité de l'ensemble des opérations électorales telles qu'elles sont prévues et organisées par les décrets du 22 mai 1981 et non celle des opérations électorales dans telle ou telle circonscription ; qu'il est donc nécessaire que, en vue de l'accomplissement de la mission qui lui est confiée par l'article 59 de la Constitution, le Conseil constitutionnel statue avant le premier tour de scrutin »[2252]. Par conséquent, seuls les moyens qui pourraient entacher d'irrégularité la totalité des élections autorisent le juge électoral à statuer avant le déroulement du scrutin. Ce revirement a été confirmé par la suite : le Conseil constitutionnel,

[2247] J. Arrighi De Casanova, « Le juge des actes préparatoires à l'élection », *NCCC*, n°41, 2013, p. 11.
[2248] Décision du 11 juin 1981 sur une requête de Monsieur François DELMAS, *Journal officiel* du 12 juin 1981, p. 1725.
[2249] Décret n°81-627 du 22 mai 1981 portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale et fixant le déroulement des opérations électorales publié au *Journal officiel* du 23 mai 1981, p. 1632 ; Décret n°81-628 du 22 mai 1981 portant convocation des collèges électoraux du territoire de la Nouvelle-Calédonie pour l'élection des députés publié au *Journal officiel* du 23 mai 1981 p. 1632 ; Décret n°81-629 du 22 mai 1981 portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés des territoires de la Polynésie française et des îles de Wallis et Futuna publié au *Journal officiel* du 23 mai 1981 p. 1632.
[2250] C. Guettier, « Le contrôle juridictionnel des actes du Président de la République », *RDP*, 1998, p. 1732.
[2251] Terme utilisé dans le considérant 3 de la décision n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981.
[2252] Considérant 4 de la décision n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981.

agissant dans son office de juge électoral, est devenu un gardien du texte constitutionnel en acceptant de contrôler la constitutionnalité des actes préparatoires à l'élection.

En 1982[2253], un considérant de principe fonde sa compétence avant l'élection. C'est seulement dans le cas où « l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes (…) risquerait de compromettre gravement l'efficacité du contrôle par le Conseil constitutionnel de l'élection des députés ou des sénateurs, vicierait le déroulement général des opérations électorales et, ainsi, pourrait porter atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics »[2254]. Depuis lors, cette formulation est reprise dans les décisions du juge électoral saisi d'une contestation d'un acte préparatoire aux élections législatives[2255], sénatoriales[2256], présidentielle[2257] et pour les référendums[2258].

Toutefois, le juge électoral ne contrôle pas systématiquement les actes préparatoires à l'élection. Il n'est pas compétent dans deux cas : si les conditions ne sont pas réunies pour qu'il se prononce en amont de l'élection ou si l'acte contesté ne peut faire, selon lui, l'objet d'aucun contrôle. Rappelons que sa compétence pré-électorale est circonscrite à des conditions précises, ces dernières ayant « un contenu variable »[2259]. Lorsqu'elles ne sont pas réunies, il refuse de se prononcer alors même que, parfois, l'acte administratif en cause est irrégulier. Paradoxalement, il se prononce, d'abord sur le fond, mais sans censurer, avant de s'attarder sur la recevabilité. Ainsi, il refuse[2260] d'annuler des actes administratifs dépourvus de base légale qui empiètent sur le domaine de la loi. En l'espèce, ces derniers portaient sur des matières qui devaient faire

[2253] Décision n° 82-2 ELEC du 16 avril 1982, Décision des 16 et 20 avril 1982 sur des requêtes de Messieurs Jacques Bernard, Claude Collin du Bocage, Paul Mermillod et Olivier Roux, *Journal officiel* du 21 avril 1982, p. 1177.
[2254] Considérant de principe adopté pour la première fois à l'occasion de la décision n° 82-2 ELEC du 16 avril 1982.
[2255] Voir par exemple : décision n° 95-10 ELEC du 8 juin 1995, Décision du 8 juin 1995 sur une requête présentée par Monsieur Louis BAYEURTE contre le décret portant convocation des électeurs pour l'élection d'un député, *Journal officiel* du 10 juin 1995, p. 9008 ou encore décision n° 2012-25 ELEC du 7 juin 2012, Décision du 7 juin 2012 sur la requête présentée par Mme Pascale LUCIANI, *Journal officiel* du 9 juin 2012, p. 9793, texte n° 38.
[2256] Voir par exemple : Décision n° 2004-21 ELEC du 5 juillet 2004, Décision du 5 juillet 2004 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE, *Journal officiel* du 8 juillet 2004, p. 12362, texte n° 67.
[2257] La première décision pour laquelle il s'estime compétent pour connaître de la légalité des actes préparatoires en matière d'élection présidentielle est la décision n° 2001-95 PDR du 14 mars 2001, Décision du 14 mars 2001 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE (Deuxième espèce), *Journal officiel* du 17 mars 2001, p. 4260.
[2258] La première décision pour laquelle il s'estime compétent pour connaître de la légalité des actes préparatoires en matière référendaire est la décision n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000, Décision du 25 juillet 2000 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE, *Journal officiel* du 29 juillet 2000, p. 11768.
[2259] M. de Villiers, « La décision Conseil supérieur des Français de l'étranger des 16 et 20 avril 1982 », *RA*, 1982, p. 507.
[2260] Décision n° 82-2 ELEC du 16 avril 1982, Décision des 16 et 20 avril 1982 sur des requêtes de Messieurs Jacques BERNARD, Claude COLLIN du BOCAGE, Paul MERMILLOD et Olivier ROUX, *Journal officiel* du 21 avril 1982, p. 1177.

l'objet d'une loi puisque « le régime électoral des assemblées parlementaires [et] des assemblées locales » est expressément visé par l'article 34 de la Constitution. Les décrets étaient relatifs à « la composition et aux modalités de l'élection du Conseil supérieur des Français de l'étranger dans la mesure où cet organisme participe avec le Sénat à l'élection des sénateurs représentant les Français établis hors de France »[2261]. Il admet explicitement que cette compétence incombe au législateur mais il refuse de sanctionner son inaction. Il préfère dénoncer la carence du législateur à défaut d'annuler le décret. C'est donc l'office du juge de la répartition des compétences normatives qui est perceptible.

S'agissant des actes bénéficiant d'une immunité juridictionnelle, voire d'une injusticiabilité[2262], le juge électoral refuse de se prononcer. Il peut y voir « peut-être la volonté ou le souci du Conseil de ne pas intervenir sur une décision éminemment politique »[2263]. Il s'agit des actes de gouvernement, expression connue de la doctrine mais peu utilisée par le juge administratif[2264] puisqu'il n'existe pas de critères sûrs pour qualifier un acte comme tel. Ainsi, « le juge doit, chaque fois qu'il est saisi d'un acte orienté non pas vers les administrés mais vers un autre pouvoir constitutionnel, qui de surcroît répond avant tout à des considérations politiques, d'une part, s'interroger sur la nature de cet acte, d'autre part, mesurer sur quels éléments pourrait se porter son contrôle et apprécier quelles en seraient les conséquences, du point de vue tant de l'auteur de l'acte que de son destinataire et, finalement, des citoyens »[2265]. Le juge électoral, au même titre que les autres juridictions, se déclare incompétent pour juger d'une requête contestant le décret portant dissolution de l'Assemblée nationale[2266] ou arguant de l'irrégularité de l'élection du Président de l'Assemblée nationale[2267].

[2261] Considérant 5 de la décision n° 82-2 ELEC du 16 avril 1982.
[2262] E. Carpentier, « L' "acte de gouvernement" n'est pas insaisissable », *RFDA*, 2006, p. 661.
[2263] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 468.
[2264] Par exemple dans un arrêt rendu par le Conseil d'État en 2015, l'expression n'est pas utilisée, le juge préfère ces termes : « Considérant que la promulgation est l'acte par lequel le Président de la République atteste, en apposant sa signature, l'existence de la loi et donne l'ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer cette loi ; que cet acte n'est pas détachable de la procédure législative ; qu'il échappe, pour ce motif, à la compétence de la juridiction administrative » (CE, 27 octobre 2015, *Fédération démocratique alsacienne*, n° 388807).
[2265] S. Roussel et C. Nicolas, « De l'injusticiabilité des actes de gouvernement », *AJDA*, 2018, p. 491.
[2266] Décision n° 88-4 ELEC du 4 juin 1988, Décision du 4 juin 1988 sur une requête de Monsieur Rosny MINVIELLE de GUILHEM de LATAILLADE, *Journal officiel* du 5 juin 1988, p. 7696 ; Décision n° 97-14 ELEC du 10 juillet 1997, Décision du 10 juillet 1997 sur une requête présentée par Monsieur Jean-Michel ABRAHAM, *Journal officiel* du 16 juillet 1997, p. 10710.
[2267] Décision n° 88-7 ELEC du 13 juillet 1988, Décision du 13 juillet 1988 sur une requête de Monsieur Gaston FLOSSE, *Journal officiel* du 16 juillet 1988, p. 9216.

Ces actes sont relatifs aux relations entre les pouvoirs publics, leur immunité « exprimerait ainsi une certaine irréductibilité du politique au juridique »[2268].

Le Conseil constitutionnel accepte de connaître, à chaque élection et si les exigences sont réunies, des actes préliminaires aux opérations électorales nationales relevant de sa compétence. Néanmoins, il apparaît que l'examen opéré par le juge électoral consiste, le plus souvent, à contrôler la constitutionnalité des actes administratifs.

B. L'examen de la conformité des actes préparatoires à la Constitution

Le Conseil constitutionnel accepte de contrôler les actes préparatoires aux scrutins qu'il s'agisse d'un référendum ou d'élections. Toutefois, son examen s'apparente davantage à un contrôle de constitutionnalité de l'acte qu'à un examen de légalité. En ce sens, le juge électoral vérifie si l'acte précédant le scrutin respecte les contraintes formelles de la Constitution (1). En outre, le contrôle des actes préparatoires au scrutin constitue un moyen dissimulé pour permettre au Conseil constitutionnel de vérifier la constitutionnalité du projet de loi référendaire. En effet, cet examen peut s'opérer par le truchement du contrôle du décret présidentiel soumettant le projet au référendum (2). Le juge électoral est donc soucieux du respect de la Constitution.

1. L'examen du respect des contraintes formelles de la Constitution

Le contrôle de constitutionnalité ne s'intéresse pas exclusivement aux lois. Il existe aussi un contrôle de constitutionnalité des actes administratifs[2269]. À ce titre, il s'agit « d'un recours analogue au recours pour excès de pouvoir »[2270]. L'examen du Conseil « s'inscrit dans les limites du contrôle que le juge administratif serait à même d'opérer sur ces mêmes actes »[2271]. Même si « la légalité est désormais une simple composante de la constitutionnalité »[2272], il

[2268] P. Serrand et P. Szwedo, « Les explications doctrinales de l'injusticiabilité de l'acte de gouvernement : contribution à une typologie des injusticiabilités » *in L'injusticiabilité : émergence d'une notion ? Études publiées en hommage au Professeur Jacques Leroy*, Biblioteka Jagiellońska, 2018, p. 69.
[2269] L. Favoreu et T. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, *op. cit*., p. 3.
[2270] M. de Villiers, « La décision Conseil supérieur des Français de l'étranger des 16 et 20 avril 1982 », art. cité, p. 507
[2271] M. Guyomar et P. Collin, « Devant quel juge peut-on contester la légalité des actes préliminaires aux élections législatives, à l'élection présidentielle et aux opérations de référendum ? », *AJDA*, 2001, p. 858.
[2272] L. Favoreu, « Légalité et constitutionnalité », *CCC*, n°3, 1997, p. 73.

apparaît que le Conseil constitutionnel, juge électoral, vérifie davantage la conformité des actes préparatoires à la Constitution.

Depuis 1981, le juge électoral contrôle régulièrement la constitutionnalité des actes administratifs bien qu'il utilise, parfois, l'expression « sur la légalité du décret »[2273]. Il veille, en réalité, au respect des conditions de forme que la Constitution exige : il peut s'agir de contraintes temporelles, procédurales ou encore des exigences relatives à la signature d'un acte.

Le juge électoral examine les vices de forme invoqués par les requérants qui contestent des actes administratifs : il s'agit principalement de la signature ou même du contreseing qui ne serait pas régulièrement apposé. Selon le juge électoral, le Président n'est, ainsi, pas contraint constitutionnellement de signer un décret qui convoque le collège électoral réuni pour l'élection des sénateurs[2274]. La signature du Premier ministre, elle-même contresignée par l'un de ses ministres, suffirait. De la même façon, en rappelant les termes de l'article 11 de la Constitution, le décret présidentiel décidant de soumettre un projet de loi au référendum ne souffre pas d'irrégularité au motif que le texte n'a pas été signé par le Premier ministre. Sans même citer l'article 19 de la Constitution, le Conseil se contente de préciser qu'aucune exigence constitutionnelle ne l'impose. Pourtant, seul cet article consacre les actes du Président exonérés du contreseing ministériel[2275].

Dans d'autres circonstances, les règles temporelles, notamment sur l'organisation des élections, peuvent être contestées. Par exemple, en 1981[2276], un requérant, arguait de l'illégalité des décrets en ce qu'ils n'étaient pas conformes à « la durée minimum de la campagne électorale, [au] principe de la simultanéité des opérations électorales, [et à] l'égalité des droits des citoyens et des électeurs »[2277] consacrés dans les dispositions législatives du code électoral. Pourtant le juge électoral ne s'attarde pas sur les moyens invoqués tandis que l'article L. 164 du code électoral encadre la propagande électorale. Selon ces dispositions, « la campagne

[2273] Par exemple, à l'occasion de la décision n° 2000-28 REF du 11 septembre 2000, le juge électoral utilise à plusieurs reprises cette expression : « sur la légalité du décret n°2000-666 du 18 juillet 2000 », « sur la légalité du décret n° 2000-667 du 18 juillet 2000 » et « sur la légalité du décret n° 2000-835 du 31 août 2000 ».
[2274] Décision n° 2001-18 ELEC du 20 septembre 2001, Décision du 20 septembre 2001 sur les requêtes présentées par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE et Monsieur Philippe MARINI, *Journal officiel* du 23 septembre 2001, p. 15121.
[2275] Conformément à l'article 19 de la Constitution : « Les actes du Président de la République autres que ceux prévus aux articles 8 (1er alinéa), 11, 12, 16, 18, 54, 56 et 61 sont contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables. »
[2276] Décision n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981 ; décision identique pour les élections législatives de 1988 : Décision n° 88-5 ELEC du 4 juin 1988, Décision du 4 juin 1988 portant sur des requêtes de Messieurs Thierry Gallienne, Jean-Louis Lemaire, Jean-Marie Le Pen et Georges-Paul Wagner (n° 88-1027/1028/1029), *Journal officiel* du 5 juin 1988, p. 7696.
[2277] Considérant 1 de la décision du 11 juin 1981.

électorale est ouverte à partir du vingtième jour qui précède la date du scrutin ». Le juge électoral vérifie seulement si les prescriptions de l'article 12, alinéa 2 de la Constitution, relatif à l'organisation de nouvelles élections législatives à la suite d'une dissolution, sont respectées. En effet, ces dernières « prévalent nécessairement »[2278].

Il en va de même pour l'élection présidentielle : celle-ci doit être organisée « vingt jours au moins et trente-cinq jours au plus avant l'expiration des pouvoirs du Président en exercice », conformément à l'article 7, alinéa 3 de la Constitution. Le juge électoral confronte ces prescriptions à un décret[2279] en 2007[2280]. Il contrôle donc le respect des règles de forme imposées par la Constitution.

Il examine, de façon plus générale, si des contraintes procédurales sont obligatoires. Ainsi, en 1988[2281], un requérant soutenait qu'un décret pouvait entrer immédiatement en vigueur uniquement après une délibération en conseil des ministres. Les décrets étaient obligatoires dès le lendemain de leur publication, conformément à l'article 2 du décret du 5 novembre 1870 relatif à la promulgation des lois et décrets[2282]. Toutefois, par exception consacrée à l'alinéa 2, ils pouvaient être dotés de portée contraignante le jour même. En rappelant la nécessité constitutionnelle[2283] du contreseing du Premier ministre et des autres ministres, le juge électoral admet que le décret n'est pas entaché d'irrégularité eu égard aux signatures du Président, du Premier ministre, du ministre de l'intérieur et du ministre délégué auprès du Premier ministre chargé des départements et des territoires d'outre-mer. Aucune prescription constitutionnelle n'impose une délibération en conseil des ministres.

[2278] Considérant 6 de la décision du 11 juin 1981.
[2279] Décret n° 2007-227 du 21 février 2007 portant convocation des électeurs pour l'élection du Président de la République publié au *Journal officiel* n°45 du 22 février 2007 p. 3258.
[2280] Décision n° 2007-138 PDR du 19 avril 2007, Décision du 19 avril 2007 portant sur une requête présentée par Monsieur Jean-Claude GALLAND, *Journal officiel* du 22 avril 2007, p. 7153, texte n° 29.
[2281] Décision n° 88-6 ELEC du 13 juillet 1988, Décision du 13 juillet 1988 sur une requête de Monsieur Rosny MINVIEILLE de GUILHEM de LATAILLADE (n°88-1035), *Journal officiel* du 16 juillet 1988, p. 9217.
[2282] Décret du 5 novembre 1870 relatif à la promulgation des lois et décrets, Bull. des lois, 12 S., B. 29, n° 169 aujourd'hui abrogé. Désormais c'est l'article L. 221-2 du code des relations entre le public et l'administration (crée par l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration publiée au *Journal officiel* n°0248 du 25 octobre 2015 p. 19872) qui dispose en son alinéa 2, qu' « un acte réglementaire entre en vigueur le lendemain du jour de l'accomplissement des formalités prévues au premier alinéa, sauf à ce qu'il en soit disposé autrement par la loi, par l'acte réglementaire lui-même ou par un autre règlement. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de ses dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures ».
[2283] Selon l'article 22 de la Constitution : « Les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution ».

Dans le même sens, en 2005[2284], un requérant invoquait l'irrégularité d'un décret soumettant au référendum un projet de loi, notamment parce qu'il n'avait pas été déposé sur le bureau de l'une des deux assemblées du Parlement et n'avait pas fait l'objet d'une déclaration suivie d'un débat. Toutefois, le juge électoral précise que la déclaration ne s'effectue qu'après la décision du Président de consulter les électeurs, donc après l'édiction du décret décidant de soumettre un projet de loi à référendum. Le décret n'est donc entaché d'aucun vice. De la même façon, l'absence de référence de la décision du Conseil constitutionnel dans un projet de loi contenu dans un décret « n'est pas contraire à la Constitution »[2285]. Le décret contesté soumettait le projet de loi autorisant la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe à référendum[2286]. Le décret visait expressément la décision du Conseil constitutionnel qui avait opéré un contrôle de constitutionnalité du traité[2287] contrairement au projet de loi annexé au décret qui n'y faisait pas référence. Néanmoins, le juge électoral estime que le décret ne doit pas être annulé, il vise d'ailleurs à cette occasion la décision du juge de la constitutionnalité[2288].

Systématiquement, dans les cas énoncés, les décrets respectent la Constitution. Certes le vice de forme entachant l'irrégularité d'un acte écrit ne « joue [qu']un rôle secondaire »[2289] et il est donc peu probable que le juge électoral annule un acte préparatoire à un scrutin sur ce fondement. Néanmoins, il veille au respect des contraintes formelles : ces illustrations prouvent que le juge électoral exerce un rôle d'interprète de la Constitution. C'est lui qui détermine, lorsqu'il est saisi de la contestation d'un décret, si la procédure imposée par le texte suprême n'a pas été méconnue. Au même titre que le juge de la constitutionnalité contrôle la procédure législative lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61, alinéas 1 et 2 de la Constitution, le juge électoral examine le respect de la procédure d'édiction des actes administratifs pris par l'exécutif.

Étant donné « qu'il lui déplait de voir passer, sans qu'il puisse le sanctionner, un texte contraire à la Constitution, il cherche alors à exprimer sa désapprobation dans les formes les

[2284] Décision n° 2005-31 REF du 24 mars 2005, Décision du 24 mars 2005 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE et par Monsieur Alain MEYET, *Journal officiel* du 31 mars 2005, p. 5834, texte n° 85.
[2285] Décision n° 2005-37 REF du 25 mai 2005, Décision du 25 mai 2005 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE et par Monsieur Renaud LE MAILLOUX, *Journal officiel* du 28 mai 2005, p. 9447, texte n° 291, cons. 4.
[2286] Décret n° 2005-218 du 9 mars 2005 décidant de soumettre un projet de loi au référendum, *Journal officiel* n°58 du 10 mars 2005 p. 3984.
[2287] Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *Journal officiel* du 24 novembre 2004, p. 19885, texte n° 89.
[2288] « Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 » dans sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004.
[2289] P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif, op. cit.*, p. 637.

plus diverses »[2290]. En conséquence, les actes préparatoires à l'élection sont contrôlés vis-à-vis de la Constitution. Cet examen est aussi une astuce pour vérifier le projet de loi référendaire.

2. *L'examen dissimulé du projet de loi soumis au référendum*

Le juge électoral pourrait censurer un décret organisant un référendum s'il estime que le projet de loi soumis aux électeurs contient des vices d'inconstitutionnalités. L'hypothèse étudiée ici n'est pas celle concernant le référendum d'initiative partagée mais celle du référendum d'initiative présidentielle prévu à l'article 11, alinéa 1er, de la Constitution[2291]. Cet article précise d'ailleurs que le projet de loi soumis au référendum ne doit pas méconnaître le texte suprême. Étant donné que le juge de la constitutionnalité ne peut pas intervenir pour le contrôler, le juge électoral s'autorise à opérer un tel examen. Pourtant, il n'est pas non plus saisi pour ce faire. En effet, s'il y a des réclamations, les requérants ne peuvent que contester un acte préparatoire au référendum[2292]. Toutefois, cela n'empêche pas le juge électoral, à cette occasion, « de vérifier la conformité d'un décret à la Constitution et, par conséquent, d'examiner si le décret décidant de soumettre un projet de loi au référendum respecte bien le cadre défini par l'article 11 de la Constitution »[2293]. En contrôlant le décret soumettant un projet de loi au corps électoral, il pourrait contrôler, par ricochet, le projet de loi lui-même. Ainsi, si le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois référendaires, il est susceptible, en amont du scrutin, d'annuler le décret présidentiel pour inconstitutionnalité du projet de loi. Ce contrôle des actes préalables au scrutin permet au Conseil constitutionnel de prétexter de l'illégalité du décret pour empêcher la consultation. D'autant que lorsqu'un référendum est sur le point d'être organisé, le juge électoral se voit systématiquement[2294] saisi d'une requête visant à annuler le décret décidant de soumettre un

[2290] F. Luchaire, « Note sous la décision des 16 et 20 avril 1982 », *D.*, 1982, p. 492.
[2291] « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ».
[2292] Depuis la décision n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000, Décision du 25 juillet 2000 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE, *Journal officiel* du 29 juillet 2000, p. 11768.
[2293] M. Fatin-Rouge Stéfanini, « La décision du Conseil constitutionnel du 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet : un nouveau pas en matière de contrôle des référendums », *RFDA*, n° 5, 2005, p. 1040.
[2294] Depuis qu'il se reconnaît compétent pour contrôler les actes préparatoires au référendum, soit depuis 2000.

projet de loi au référendum[2295]. Par exemple à l'occasion du référendum de 2005[2296], un requérant a contesté ce décret[2297] en arguant que celui-ci contenait un projet de loi contraire à la Constitution[2298]. Le Conseil constitutionnel n'a pas rejeté la demande[2299] ; il a contrôlé le décret, sans pour autant l'annuler.

Ainsi, si la Haute instance estime que le projet de loi, qui sera soumis au référendum, méconnaît le texte suprême, elle pourra utiliser sa compétence de juge électoral. Même si le juge électoral prétend ne pas exercer un contrôle de constitutionnalité, il l'est de façon dissimulée. De cette façon, il contrôle la conformité à la Constitution du projet de loi référendaire par le truchement de l'acte préparatoire à la consultation.

En conséquence, le Président ne pourrait plus envisager de réviser la Constitution sur le fondement de l'article 11 de la Constitution[2300], même si le Président Macron l'a envisagé dans son discours prononcé le 3 juillet 2017 devant le Parlement réuni en Congrès. Il a précisé qu'il souhaitait en effet, procéder à des transformations des institutions françaises et qu'il pourrait « recourir au vote [des] concitoyens par voie de référendum »[2301] en dehors de la procédure prévue à l'article 89 de la Constitution. Il n'a donc pas exclu le recours à l'article 11 de la Constitution pour réviser la Constitution. Toutefois, le juge électoral est investi d'une compétence qu'il n'avait pas en 1962. Il pourrait donc annuler le décret organisant le référendum en vertu du contrôle qu'il exerce sur les actes préparatoires aux scrutins. Ainsi, le décret risquerait la censure du juge des élections si le Président décidait de soumettre un projet de loi portant sur un texte dont le champ n'est pas visé par l'article 11 de la Constitution[2302].

[2295] Pour deux exemples dans ce sens : décision n° 2005-31 REF du 24 mars 2005, Décision du 24 mars 2005 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE et par Monsieur Alain MEYET, *Journal officiel* du 31 mars 2005, p. 5834, texte n° 85 ; décision n° 2000-24 REF du 23 août 2000, Décision du 23 août 2000 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE, *Journal officiel* du 26 août 2000, p. 13165.

[2296] Les électeurs ont été consultés pour l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe signé à Rome le 29 octobre 2004, publié au *Journal officiel de l'Union européenne* le 16 décembre 2004 (JO C 310).

[2297] Décret n°2005-218 du 9 mars 2005 décidant de soumettre un projet de loi au référendum, *Journal officiel* n°58 du 10 mars 2005 p. 3984.

[2298] En vertu du considérant 3 de la décision n° 2005-37 REF du 25 mai 2005 : « Considérant que l'annulation du décret du 9 mars 2005 susvisé est demandée au motif que le projet de loi soumis au référendum serait contraire à la Constitution ».

[2299] Décision n° 2005-37 REF du 25 mai 2005, Décision du 25 mai 2005 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE et par Monsieur Renaud LE MAILLOUX, *Journal officiel* du 28 mai 2005, p. 9447, texte n° 291.

[2300] H. Savoie, Conclusions sur CE, Ass., 1er septembre 2000, *Larrouturou, Meyet et autres*, *RFDA*, n°16, 2000, p. 989.

[2301] Disponible à l'adresse : http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-du-president-de-la-republique-devant-le-parlement-reuni-en-congres/.

[2302] Le projet de loi doit porter, conformément à l'article 11 de la Constitution sur « l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux

Le juge électoral est donc susceptible d'exercer un contrôle de constitutionnalité d'un projet de loi soumis au référendum pour éviter l'adoption d'une loi référendaire méconnaissant le texte suprême. Comme s'il se muait en « sentinelle »[2303], le Conseil constitutionnel est celui « qui veille sur la cité avec vigilance »[2304]. D'autant que le juge électoral effectue également un contrôle *a posteriori* du scrutin au cas où celui-ci ne respecterait pas les règles constitutionnelles.

§2 : Le contrôle de l'élection : les sanctions prononcées par le juge électoral dans l'hypothèse d'un scrutin inconstitutionnel

Le scrutin comprend « l'ensemble des actes constituant l'opération électorale proprement dite : il comprend le dépôt par les électeurs de leur vote, le dépouillement, la proclamation des élus »[2305]. Le scrutin ne doit pas être vicié, le juge électoral assure ce contrôle. À cette occasion, le Conseil constitutionnel contribue à préserver les fondements de la démocratie. Il veille au caractère démocratique des élections, jouant ainsi le rôle de gardien d'une Constitution.

L'élection « est consubstantielle à la démocratie »[2306]. En ce sens, « les élections ne sont susceptibles de véhiculer une certaine idée de la démocratie que si elles traduisent transparence et sincérité »[2307]. Le Conseil constitutionnel joue un rôle prépondérant car « à sa mission, classique, de juge de l'élection s'ajoute celle de superviser les opérations de vote »[2308]. À ce titre, le juge électoral veille à la sincérité et la régularité du scrutin. Ce sont des conditions indispensables permettant la tenue d'élections démocratiques. « Les interventions du juge peuvent relever de ce que la doctrine juridique appelle parfois la macro-constitutionnalité. (…) Elles peuvent aussi provoquer des analyses de micro constitutionnalité. Il faut alors entrer dans l'étude systématique et détaillée des difficultés concrètes que l'organisation de l'élection, son déroulement et la proclamation de ses résultats peuvent susciter »[2309]. C'est précisément dans ce contexte que le juge électoral protège la Constitution. Il doit contrôler le scrutin et veiller à

services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ».

[2303] P. Charlot, « *Les juges de la loi*, ou plaidoyer pour un certain Conseil constitutionnel », *in L'œuvre de Léo Hamon*, *op. cit.*, p. 145.

[2304] *Ibid*.

[2305] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 947

[2306] J. Gicquel, « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *NCCC*, n°41, 2013, p. 191.

[2307] L. Fonbaustier, « Élection » *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 606.

[2308] J.-P. Camby, « Le maire, le pédiluve et l'élection présidentielle », *LPA*, n°125, 2002, p. 11.

[2309] F. Delpérée, *Le contentieux électoral*, Puf, 1998, pp. 4-5.

sa régularité. Si le scrutin est irrégulier, le juge électoral peut annuler les opérations électorales (A) ou réformer les résultats (B). À cet égard, l'État de droit s'édifie notamment grâce au contentieux électoral[2310].

A. L'annulation des opérations électorales

Conformément à l'article 3 de la DDHC : « le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». En contrôlant les résultats électoraux, et en annulant le cas échéant certains d'entre eux, le juge électoral veille au respect de l'expression directe de la volonté de la Nation. En scrutant les opérations électorales pour vérifier que ces exigences sont respectées, le juge électoral contrôle le respect de la Constitution : « le juge se pose non en gardien de la loi électorale (…) mais en garant de l'expression démocratique »[2311]. En d'autres termes, il vérifie « l'application conforme, transparente et loyale, des règles du jeu politique »[2312]. Or, ces règles sont elles-mêmes consacrées par le texte constitutionnel aux articles 2, 3 et 4[2313]. Ainsi ces dispositions constitutionnelles sont garanties par le Conseil constitutionnel, juge des élections nationales.

Régulièrement, et en vertu de l'article 41 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique, le Conseil constitutionnel annule les élections des parlementaires[2314]. Dans ce cas, une élection partielle est le plus souvent organisée[2315]. En revanche, pour l'élection présidentielle, l'article 50, alinéa 1er de ladite ordonnance dispose que le Conseil « examine et tranche définitivement toutes les réclamations ». En vertu de l'article 30 du décret du

[2310] *Ibid*., p. 122.
[2311] A. Moussebbih, « L'office du Conseil constitutionnel marocain, juge électoral », *RFDC*, n°110, 2017, p. 437.
[2312] *Ibid*., p. 438.
[2313] La Constitution en son article 2, alinéa 5 dispose que : « [le] principe [de la République] est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple » ; l'article 3, alinéa 1er prévoit que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » ; l'article 3, alinéa 3 consacre l'expression du suffrage qui « peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret » ; l'article 4, alinéa 1er précise que « les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie ».
[2314] Par exemple à l'occasion de la décision n° 2017-5052 AN du 2 février 2018, A.N., Français établis hors de France (5ème circ.), Mme Laurence SAILLIET, *Journal officiel* n°0030 du 6 février 2018, cons. 6.
[2315] Eu égard à la mixité du mode de scrutin utilisé pour élire les sénateurs, une élection partielle à la suite de l'annulation de l'élection d'un sénateur n'est pas systématique, il faut qu'il ait été élu au scrutin majoritaire uninominal à deux tours. En revanche, pour les députés, une nouvelle élection a lieu.

8 mars 2001[2316], trois catégories de personnes sont admises à effectuer des réclamations[2317] : les électeurs, les représentants de l'État[2318] et les candidats[2319]. Les électeurs doivent faire porter leur contestation sur le procès-verbal des opérations de vote. Dans le cas contraire, leur requête serait irrecevable[2320].

Le Conseil constitutionnel n'a jusqu'à présent jamais annulé la totalité des opérations de vote d'une élection présidentielle, il s'est contenté d'annuler les suffrages dans les bureaux de vote où le scrutin était irrégulier[2321]. « Les irrégularités constatées n'avaient pas d'incidence décisive sur la sincérité du scrutin »[2322].

Le juge électoral est rigoureux lorsqu'il s'agit de contrôler la sincérité du scrutin. Cette dernière implique la volonté réelle de l'électeur[2323]. Utilisée régulièrement par le juge électoral, elle est à l'origine de nombreuses annulations. Toutefois, le juge n'annule pas toutes les irrégularités, il doit au contraire effectuer « un contrôle réaliste » : il analyse les résultats obtenus « en s'interrogeant sur ce qu'aurait été le résultat du même scrutin si les irrégularités invoquées, parfois établies de façon certaine, n'avaient pas été commises »[2324]. En outre, le juge électoral se réfère à « la dignité du scrutin »[2325] pour annuler des opérations de vote en

[2316] Décret n° 2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, publié au *Journal officiel* n°58 du 9 mars 2001, p. 3772.

[2317] Article 30 modifié notamment par le décret n° 2016-1819 du 22 décembre 2016 relatif à l'élection du Président de la République, publié au *Journal officiel* n°0298 du 23 décembre 2016 : « Tout électeur a accès au procès-verbal des opérations de vote pendant la durée de ces opérations. Tout électeur a le droit de contester la régularité des opérations de vote en faisant porter au procès-verbal mention de sa réclamation.
Le représentant de l'Etat, dans un délai de quarante-huit heures suivant la clôture du scrutin, défère directement au Conseil constitutionnel les opérations d'une circonscription de vote dans laquelle les conditions et formes légales ou réglementaires n'ont pas été observées.
Tout candidat peut également, dans le même délai de quarante-huit heures, déférer directement au Conseil constitutionnel l'ensemble des opérations électorales ».

[2318] Les représentants de l'État disposent d'un délai de quarante-huit heures pour contester les opérations de vote d'un département.

[2319] Les candidats sont assujettis aux mêmes contraintes de temps que, les représentants de l'Etat, mais peuvent contester l'ensemble des opérations électorales.

[2320] « Après avoir rejeté comme irrecevables les réclamations parvenues directement au Conseil constitutionnel en méconnaissance du premier alinéa de l'article 30 du décret du 8 mars 2001 mentionné ci-dessus ; » voir notamment la décision n° 2002-109 PDR du 24 avril 2002, Déclaration du 24 avril 2002 relative aux résultats du premier tour de scrutin, *Journal officiel* du 25 avril 2002, p. 7369 ; ou encore décision n° 2017-169 PDR du 26 avril 2017, Déclaration du 26 avril 2017 relative aux résultats du premier tour de scrutin de l'élection du Président de la République, *Journal officiel* n°0099 du 27 avril 2017 texte n° 1.

[2321] Par exemple, à l'occasion de l'élection présidentielle de 2017 : le juge électoral a annulé les résultats dans certains bureaux de vote de la commune des Pavillons-sous-Bois (Seine-Saint-Denis) ou encore dans la commune de Savenay (Loire-Atlantique) : décision n° 2017-171 PDR du 10 mai 2017, Proclamation des résultats de l'élection du Président de la République, *Journal officiel* n°0110 du 11 mai 2017 texte n° 1.

[2322] G. Drago, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 228.

[2323] R. Ghevontian, « La notion de sincérité du scrutin », *CCC*, n°13, 2003, p. 1.

[2324] L. Touvet et Y.-M. Doublet, *Droit des élections*, 2ème édition, Economica, 2014, p. 555.

[2325] Décision n° 2002-111 PDR du 8 mai 2002, Décision du 8 mai 2002 portant proclamation des résultats de l'élection du Président de la République, *Journal officiel* du 10 mai 2002, p. 9084.

considérant qu'elle est une composante de sa sincérité. « Dans une démocratie, l'élection est un acte majeur qui doit s'accomplir dans des conditions sérieuses et dignes (…) le citoyen doit avoir pleinement conscience du rôle qui est le sien et de l'importance du geste qu'il accomplit »[2326].

Le suffrage et le scrutin sont deux notions qui se complètent. Le suffrage est inhérent à la citoyenneté, il s'agit d'un droit détenu par le citoyen[2327]. « Le droit d'élire et celui d'être élu sont classés parmi les droits fondamentaux, comme expression majeurs des droits-participation »[2328]. Ainsi, le suffrage est l'exercice d'un droit subjectif du citoyen[2329] ou d'un droit-participation dont le juge électoral assure la protection. « Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret », conformément à l'article 3, alinéa 3 de la Constitution. Ces dispositions découlent de plusieurs principes sous-jacents : le droit de vote appartient à tous les électeurs dès lors qu'ils remplissent les conditions définies à l'alinéa 4 du même article[2330] qui reconnaît au législateur « une possibilité d'exclusion »[2331]. En dehors du caractère universel, le suffrage est un droit et celui-ci s'exerce nécessairement de façon égale et secrète. Ces impératifs, auxquels le juge de la constitutionnalité est particulièrement attaché, sont protégés par le juge électoral.

Le droit de vote bénéficie d'une protection constitutionnelle[2332] en ce qu'il est « une composante essentielle de l'effectivité du droit de suffrage »[2333]. Le droit de vote requiert la nationalité française[2334], sauf pour les élections municipales[2335]. Le Conseil d'État a rappelé que

[2326] R. Ghevontian, « Le principe de dignité du scrutin », *D.*, 2003, p. 1132.
[2327] F. Audren et F. Bluche, « Suffrage » *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit*., p. 1450.
[2328] L. Fonbaustier, « Élection » *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit*., p. 607.
[2329] Consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme dans un arrêt du 2 mars 1987, Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique, §51.
[2330] « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ».
[2331] J.-L. Hérin, « Les exclus du droit de vote », *Pouvoirs*, n°120, 2007, p. 96.
[2332] Le juge de la constitutionnalité en assure son respect : Par exemple à l'occasion de la décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne, *Journal officiel* du 11 avril 1992, p. 5354, cons. 33 : le juge de la constitutionnalité a estimé qu'accorder le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales à des ressortissants de l'Union européenne, dans l'État sur lequel ils résident, n'est pas contraire à l'article 3 de la Constitution. Plus récemment, dans la décision n° 2016-734 DC du 28 juillet 2016, Loi organique rénovant les modalités d'inscription sur les listes électorales des Français établis hors de France, *Journal officiel* n°0178 du 2 août 2016 texte n° 5, le Conseil constitutionnel a jugé que l'interdiction pour les français établis hors de France d'être inscrits concurremment sur une liste électorale consulaire et sur une liste électorale communale n'était pas contraire au droit de suffrage.
[2333] P. Jan, *Droit de suffrage et modes de scrutin*, Documents d'études n°1.05, La documentation française, 2008, p. 15.
[2334] R. Schwartz, « Constitution et nationalité », *NCCC*, n°39, 2013, p. 354.
[2335] L'article 88-3 de la Constitution selon lequel « sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales

seul le Conseil constitutionnel était compétent pour apprécier si le droit de vote d'un électeur était méconnu[2336]. Il s'agit évidemment d'une compétence inhérente à sa qualité de juge des élections. À l'occasion d'un recours formé sur le fondement de l'article 59 de la Constitution, un électeur, contestant l'élection d'un sénateur ou d'un député, peut soutenir que son droit de vote n'a pas été respecté. En effet, « le droit d'en contester l'application est inhérent à l'exercice d'un droit. Le droit de recourir contre la violation d'une règle de l'élection fait lui-même partie du droit de suffrage »[2337]. Toutefois, malgré les contestations, le Conseil constitutionnel juge, le plus souvent, que ce droit n'a pas été bafoué en l'absence de preuve : l'électeur doit démontrer qu'il en a été irrégulièrement privé[2338]. De la même façon, une erreur matérielle n'empêche pas l'électeur de jouir de son droit[2339]. Toutefois, dans certaines circonstances, le droit de suffrage peut ne pas être exercé correctement. Lors de l'élection présidentielle de 2017, le Conseil constitutionnel a annulé les résultats électoraux dans deux communes du Pas-de-Calais en raison de la fermeture prématurée des bureaux de vote[2340]. Ainsi le juge électoral préserve le droit constitutionnel de chaque électeur en procédant à l'annulation de tous les votes de ces communes. De la même façon, il estime que ce même droit n'est pas méconnu, mais est, au contraire, aménagé ou facilité lorsque le maire demande à la société chargée du transport communal d'assurer un service exceptionnel pour mener les usagers aux bureaux de vote[2341].

Le juge électoral en veillant au respect de l'une des caractéristiques du suffrage, à savoir son exercice, protège un droit fondamental. Le droit de suffrage suppose également l'égalité entre les électeurs. Le Conseil constitutionnel considère que ce droit n'est pas violé dès lors que les élections n'ont pas lieu à la même heure en métropole et en Outre-mer[2342] ou encore lorsque,

---

peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France », permet aux ressortissants des pays de l'Union européenne de voter et d'être éligibles à ces élections.

[2336] CE, 24 avril 1970, *Musereau*, n° 78832.

[2337] D. Rémy-Granger, « Le pouvoir de suffrage », *in* D. Chagnollaud et M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 2, *op. cit*., p. 393.

[2338] Décision n° 2017-5088 AN du 18 décembre 2017, A.N., Bouches-du-Rhône (5ème circ.), M. Yves MORAINE, *Journal officiel* n°0295 du 19 décembre 2017, texte n° 85, cons. 4 ; Décision n° 2005-3409 AN du 13 octobre 2005, A.N., Hauts-de-Seine (13ème circ.), *Journal officiel* du 20 octobre 2005, p. 16611, texte n° 59.

[2339] Décision n° 97-2155/2157 AN du 14 octobre 1997, A.N., Seine-Saint-Denis (9ème circ.), *Journal officiel* du 17 octobre 1997, p. 15110 ; Décision n° 74-816/817/818 SEN du 5 février 1975, Sénat, Réunion, *Journal officiel* du 9 février 1975, p. 1738, cons. 7.

[2340] Décision n° 2017-171 PDR du 10 mai 2017, Proclamation des résultats de l'élection du Président de la République, *Journal officiel* n°0110 du 11 mai 2017 texte n° 1. Un cas similaire s'est déjà rencontré à l'occasion du référendum de 1988 : décision n° 88-14 REF du 9 novembre 1988, Proclamation des résultats du référendum du 6 novembre 1988, *Journal officiel* du 10 novembre 1988, p. 14123.

[2341] Décision n° 97-2267 AN du 25 novembre 1997, A.N., Martinique (1ère circ.), *Journal officiel* du 28 novembre 1997, p. 17229.

[2342] Décision n° 2002-2652/2768 AN du 14 novembre 2002, A.N., Guadeloupe (1ère circ.), *Journal officiel* du 21 novembre 2002, p. 19263 ; Décision n° 2002-2686/2770/2771 AN du 10 octobre 2002, A.N., Guadeloupe (3ème circ.), *Journal officiel* du 17 octobre 2002, p. 17242 ; Décision n° 2002-19 ELEC du 22 mai 2002, Décision

quatre heures avant la fin du scrutin en Outre-mer, des électeurs sont informés des estimations de vote diffusées en métropole[2343].

Le caractère secret du vote est également inhérent au suffrage. Le secret du vote apparaît pour la première fois en 1959 dans une décision du juge électoral[2344]. Régulièrement, à l'occasion de la proclamation des résultats, le juge électoral annule les résultats de plusieurs bureaux de votes car les électeurs n'ont pas été contraints de passer par l'isoloir. Ainsi, pour le référendum de 2005[2345], l'absence d'isoloir contrevient « au principe constitutionnel de secret du vote »[2346] et contraint à annuler les résultats dans les bureaux de vote concernés. Toutefois, la circonstance selon laquelle seuls deux isoloirs sont à la disposition des mille électeurs, alors qu'il devrait y avoir un isoloir pour trois cents électeurs maximum, n'est pas de nature à porter une atteinte excessive au secret du vote[2347]. Pourtant, les exigences posées par la loi ne sont pas respectées. De la même façon, le secret du vote n'est pas méconnu lorsqu'a été mise en place une machine à voter[2348].

En garantissant l'exercice du suffrage, le juge électoral se comporte en garant de la Constitution : il défend un droit inhérent aux individus. Le juge électoral participe ainsi à la préservation d'un droit fondamental. Il a donc une mission essentielle qui consiste à veiller à la tenue d'élections démocratiques. C'est également pour préserver le texte suprême qu'il peut réformer les résultats d'une élection.

B. La réformation des résultats

En plus de l'annulation, le juge électoral a le pouvoir de réformer les résultats des élections. Ce pouvoir dont il peut user lui permet d'obtenir « un certaine moralisation du scrutin »[2349]. En

---

du 22 mai 2002 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE et l'association DÉCLIC, *Journal officiel* du 25 mai 2002, p. 9547.

[2343] Décision n° 2002-2769 AN du 25 juillet 2002, A.N., Guadeloupe (2ème circ.), *Journal officiel* du 4 août 2002, p. 13358.

[2344] Décision n° 58-60 AN du 6 février 1959, A.N., Ariège (1ère circ.), *Journal officiel* du 11 février 1959, p. 1879.

[2345] Décision n° 2005-38 REF du 1 juin 2005, Proclamation des résultats du référendum du 29 mai 2005, *Journal officiel* du 4 juin 2005, p. 9951, texte n° 7.

[2346] Décision n° 92-19 REF du 23 septembre 1992, cons. 2 ; Décision n° 88-14 REF du 9 novembre 1988, Proclamation des résultats du référendum du 6 novembre 1988, *Journal officiel* du 10 novembre 1988, p. 14123, cons. 2.

[2347] Décision n° 2007-3901 AN du 22 novembre 2007, A.N., Wallis-et-Futuna, *Journal officiel* du 28 novembre 2007, p. 19355, texte n° 89.

[2348] Décision n° 2012-154 PDR du 10 mai 2012, Décision du 10 mai 2012 portant proclamation des résultats de l'élection du Président de la République, *Journal officiel* du 11 mai 2012, p. 8997, texte n° 1.

[2349] L. Philip, « Les attributions et le rôle du Conseil constitutionnel », art. cité, p. 100.

effet, « le juge de l'élection est investi de plein droit du pouvoir de réviser le recensement, et il peut faire porter son contrôle non seulement sur les points qui lui sont signalés par la protestation, mais encore sur tous ceux qui peuvent exercer une influence sur le calcul de la majorité. Il peut donc (…) refaire tous les calculs et toutes les vérifications nécessaires pour établir les véritables résultats de l'élection »[2350]. Il ne s'agit pas d'un pouvoir propre au Conseil constitutionnel puisque tout juge investi du contentieux électoral[2351] a cette capacité[2352].

La réformation des résultats ou encore la correction des résultats a lieu en cas d'irrégularité. Alors le juge doit effectuer les redressements qui s'imposent. En effet, « il revient au Conseil constitutionnel, saisi d'une requête tendant à l'annulation d'une élection, de procéder aux rectifications du nombre de suffrages obtenus par les candidats dans la mesure où ces rectifications sont nécessaires à l'examen des griefs qui lui sont soumis à cette fin »[2353].

L'hypothèse s'est déjà présentée à plusieurs reprises devant le Conseil constitutionnel[2354], notamment lorsque le nombre d'émargements est supérieure au nombre de bulletins et enveloppes trouvés dans l'urne. Le juge électoral décide alors de retenir « pour chaque bureau de vote, le moins élevé des deux nombres » [2355]. Ainsi, il déduit du même nombre de voix celui des suffrages exprimés et celui du candidat arrivé en tête. Après ces rectifications, il constate les résultats obtenus : si le candidat favorisé obtient une majorité des voix, il reste élu. Dans le cas contraire, la réformation des résultats le conduit à déclarer élu le candidat initialement battu. En effet, l'article 41 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel dispose que : « lorsqu'il fait droit à une requête, le Conseil peut, selon les cas, annuler l'élection contestée ou réformer la proclamation faite par la commission de recensement et proclamer le candidat qui a été régulièrement élu ».

[2350] E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome 2, LGDJ, 1989, p. 318.
[2351] Le juge administratif connaît du contentieux électoral. À titre d'illustration, les requêtes relatives aux élections des conseillers municipaux et des conseillers généraux relèvent de la compétence du tribunal administratif, en vertu des articles L. 222 et L.249 du code électoral. Le Conseil d'État est, par exemple, compétent en premier et dernier ressort pour les contestations relatives aux élections au Parlement européen ou encore pour les protestations relatives aux élections régionales, conformément à l'article L. 311-3 du code de justice administrative.
[2352] CE, 18 décembre 1996, *Elections municipales de Saint-Pierre-de-Mont [Landes]*, n° 173907, Lebon p. 905.
[2353] Décision n° 2007-3910 AN du 26 juillet 2007, A.N., Val-de-Marne (12ème circ.), *Journal officiel* du 1er août 2007, p. 12957, texte n° 102 ; Décision n° 97-2176 AN du 14 octobre 1997, A.N., Territoire-de-Belfort (1ère circ.), *Journal officiel* du 17 octobre 1997, p. 15111 ; Décision n° 93-1370 AN du 30 septembre 1993, A.N., Hauts-de-Seine (13ème circ.), *Journal officiel* du 12 octobre 1993, p. 14257.
[2354] Décision n° 2012-4623 AN du 24 octobre 2012, A.N., Hérault (1ère circ.), *Journal officiel* du 26 octobre 2012, p. 16658, texte n° 62 ; décision n° 2007-139 PDR du 25 avril 2007, Déclaration du 25 avril 2007 relative aux résultats du premier tour de scrutin de l'élection du Président de la République, *Journal officiel* du 26 avril 2007, p. 7433, texte n° 1 ; décision n° 2002-2658 AN du 28 novembre 2002, A.N., Seine-Saint-Denis (5ème circ.), *Journal officiel* du 5 décembre 2002, p. 20053 ; décision n° 78-874 AN du 12 juillet 1978, A.N., Paris (16ème circ.), *Journal officiel* du 16 juillet 1978, p. 2843.
[2355] Décision n° 78-874 AN du 12 juillet 1978.

Cette hypothèse a fait l'objet d'une application inédite[2356], pour l'élection d'un sénateur du Vaucluse en 2015[2357]. La difficulté résidait dans l'attribution du troisième siège. La représentation proportionnelle avec répartition complémentaire suivant la règle de la plus forte moyenne, qui vaut dans le cadre des départements où sont élus plus de deux sénateurs, ne pouvait être appliquée car les deux listes avaient obtenu une moyenne identique. Dans ce cas, l'alinéa 5 de l'article R. 169 du code électoral s'applique : « au cas où il ne reste qu'un seul siège à attribuer, si deux listes ont la même moyenne, le siège revient à la liste qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages ». À la suite de rectifications, car un bulletin avait été considéré irrégulier à tort, le troisième siège ne devait pas être attribué au candidat proclamé élu. L'élection de ce dernier est annulée et est élu celui de l'autre liste. Le Conseil constitutionnel a donc fait « usage pour la première fois de la faculté qui lui est accordée »[2358].

Le juge électoral préserve les règles démocratiques avant et après l'organisation du scrutin. Néanmoins, depuis 1958, il ne s'est pas uniquement contenté de préserver la Constitution en tant que juge ordinaire. Parfois, il a usurpé fortuitement les attributions du juge de la constitutionnalité.

§3 : L'exercice incident de compétences du juge de la constitutionnalité par le juge électoral

Le juge des opérations électorales refusait autrefois d'exercer expressément un contrôle de constitutionnalité. Néanmoins, il l'a déjà fait de façon insidieuse. Cette circonstance s'est rencontrée lorsque le juge électoral a reconnu la conformité d'un traité (A) et l'inconstitutionnalité d'une loi sans la censurer (B).

A. La conformité d'un traité affirmée par le juge électoral

Le Conseil constitutionnel statuant en qualité de juge électoral est censé être un juge ordinaire. Dans ce cas, la jurisprudence relative à la loi sur l'interruption volontaire de la

[2356] B. Maligner, « Une première au Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2015, p. 704.
[2357] Décision n° 2014-4902 SEN du 12 février 2015, Vaucluse, *Journal officiel* n°0038 du 14 février 2015 p. 2883, texte n° 66.
[2358] « Commentaire de la décision n° 2014-4902 SEN du 12 février 2015 », p. 11, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/sen/2015/sen2014_ccc.pdf.

grossesse dégagée par le juge de la constitutionnalité[2359] s'impose. Le juge de la constitutionnalité n'est pas compétent pour contrôler la conformité d'une loi aux engagements internationaux. En revanche, le juge électoral l'est. Les traités sont supérieurs aux lois, conformément à l'article 55 de la Constitution[2360], tout comme le bloc de constitutionnalité dégagé par la décision de 1971[2361]. Pourtant, le contrôle exercé par le juge de la constitutionnalité s'en tient uniquement à celui des lois ou des traités vis-à-vis de la Constitution : le juge de la constitutionnalité ne contrôle pas si les lois sont conformes aux traités. Dans ce contexte, en cas de saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement des articles 58, 59 et 60 de la Constitution, le juge électoral a des compétences que le juge de la constitutionnalité refuse d'exercer : il peut examiner la conformité d'une loi aux engagements internationaux[2362].

Cependant, étant un juge ordinaire, le juge électoral ne devrait pas pouvoir contrôler la constitutionnalité d'un traité. Pour autant, il a déjà approuvé la conformité d'un traité vis-à-vis de la Constitution. Une brèche s'est en effet ouverte dans le cadre du contentieux référendaire de 2005. La décision n° 2005-31 REF du 24 mars 2005[2363] révèle un juge électoral exerçant des compétences inhabituelles.

Un requérant avait saisi le juge électoral afin qu'il annule le décret décidant de soumettre un projet de loi au référendum[2364] en vue d'autoriser la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Il estimait d'une part que le projet de loi n'avait pas été signé par le Premier ministre, n'avait pas été déposé sur le bureau de l'une des assemblée et n'avait pas fait l'objet, devant les chambres, d'une déclaration puis d'un débat. Il arguait d'autre part de l'inconstitutionnalité du traité, celui-ci serait contraire au principe de précaution consacré à l'article 5 de la Charte de l'environnement[2365].

[2359] Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *Journal officiel* du 16 janvier 1975, p. 671.
[2360] « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».
[2361] Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.
[2362] Décision n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988.
[2363] Décision n° 2005-31 REF du 24 mars 2005, Décision du 24 mars 2005 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE et par Monsieur Alain MEYET, *Journal officiel* du 31 mars 2005, p. 5834, texte n° 85.
[2364] Décret n°2005-218 du 9 mars 2005 décidant de soumettre un projet de loi au référendum, *Journal officiel* n°58 du 10 mars 2005 p. 3984.
[2365] « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

Conformément à sa jurisprudence traditionnelle, le juge électoral aurait dû s'abstenir de répondre[2366]. Néanmoins, dans un bref considérant, le Conseil estime « qu'en tout état de cause, le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'est pas contraire à la Charte de l'environnement de 2004 »[2367]. Il a donc opéré un contrôle de constitutionnalité alors qu'il s'obstine dans le même temps à souligner que le juge électoral n'est pas un juge de la constitutionnalité. L'expression « en tout état de cause » suggère néanmoins une relative prudence du juge électoral[2368]. C'est d'ailleurs pour cette raison que le Conseil constitutionnel a « fait l'économie de (…) cette très délicate question »[2369] selon laquelle : « ne pouvait-il juger à cet égard que les procédures de vérification de la constitutionnalité des traités sont prévues, à titre exclusif, par les articles 54 et 61 de la Constitution ? »[2370]. Contrairement à ce qu'affirme le commentaire autorisé, le juge électoral n'est pas resté silencieux, il a bien déclaré conforme à la Constitution le traité établissant une constitution pour l'Europe.

Cette déclaration de conformité est d'autant plus surprenante que le traité avait déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Le juge de la constitutionnalité, saisi sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, l'avait jugé contraire à la Constitution[2371]. Le traité « exige[ait] une révision de la Constitution »[2372]. Dans sa décision DC, il a distingué les dispositions du traité qui n'appelaient pas de révision de celles qui la rendaient indispensable[2373]. Le constituant a alors procédé à une révision constitutionnelle[2374] et, grâce à celle-ci, le traité est devenu conforme à la Constitution. En outre, une autre révision constitutionnelle, promulguée le même jour, a intégré la Charte de l'environnement au bloc de

[2366] Pour un exemple de sa jurisprudence traditionnelle : décision n° 80-889 SEN du 02 décembre 1980.
[2367] Décision n° 2005-31 REF du 24 mars 2005, cons. 7.
[2368] J.-P. Camby, « Le contentieux de l'organisation du référendum du 29 mai 2005 », *RDP*, n° 3, 2005, p. 587.
[2369] « Commentaire de la décision n°2005-31 REF du 24 mars 2005 », p. 5, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier18/ccc_240305_hauchemaille_meyet.pdf.
[2370] *Ibid.*
[2371] Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *Journal officiel* du 24 novembre 2004, p. 19885, texte n° 89.
[2372] Considérant 43 de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *Journal officiel* du 24 novembre 2004, p. 19885, texte n° 89.
[2373] P. Cassia et E. Saulnier-Cassia, « Le traité établissant une constitution pour l'Europe et la Constitution française. À propos de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel et du projet de loi constitutionnelle », *JCP G*, 2005, n° 5, p. 195.
[2374] Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1er mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution, *Journal officiel* n°51 du 2 mars 2005 p. 3696.

constitutionnalité[2375]. Ainsi, de nouvelles exigences constitutionnelles sont nées[2376] bien que la constitutionnalisation du droit de l'environnement ne soit pas une innovation[2377].

Étant donné qu'une norme de référence apparaissait, une nouvelle saisine du juge de la constitutionnalité était probable. En effet, un nouveau contrôle de constitutionnalité à l'égard d'un traité déjà contrôlé est envisageable dans deux hypothèses : « d'une part, s'il apparaît que la Constitution, une fois révisée, demeure contraire à une ou plusieurs stipulations du traité ; d'autre part, s'il est inséré dans la Constitution une disposition nouvelle qui a pour effet de créer une incompatibilité avec une ou des stipulations du traité dont s'agit »[2378]. En l'espèce, la seconde hypothèse était vérifiée : une nouvelle norme de référence était apparue, à savoir la Charte de l'environnement. Pour autant, le juge de la constitutionnalité n'a pas été saisi. Ne pouvant s'autosaisir, le Conseil constitutionnel statuant en qualité de juge électoral s'est octroyé la compétence du juge de la constitutionnalité : il a contrôlé la constitutionnalité du traité.

Ainsi, le traité a été contrôlé par le juge électoral, pour être notamment confronté à cette nouvelle norme de référence. Une fois encore, incidemment, le juge électoral a opéré un contrôle de constitutionnalité. Dans une autre circonstance, il a déjà reconnu explicitement qu'une loi était contraire à la Constitution.

B. Le constat d'inconstitutionnalité d'une loi par le juge électoral

Le juge électoral empiète sur les attributions du juge de la constitutionnalité. Avant 2012, il avait déjà admis la non-conformité d'une loi vis-à-vis de la Constitution sans la censurer. Il est bien connu qu'en tant que conseiller, le Conseil incite le législateur à modifier des dispositions. Toutefois, il n'est pas le seul office à exercer une influence. Le juge électoral a eu l'occasion de constater l'inconstitutionnalité d'une loi et appeler le législateur à y remédier.

Le juge électoral est parfois saisi de la légalité, voire de la constitutionnalité de certains décrets pour les élections à venir. Cependant, les décrets pris en application d'une loi peuvent être légaux sans que la loi elle-même soit conforme à la Constitution. Le juge électoral le rappelle et, ce faisant, exerce une compétence du juge de la constitutionnalité. À titre

[2375] Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *Journal officiel* n°51 du 2 mars 2005 p. 3697.
[2376] B. Mathieu, « La portée de la Charte pour le juge constitutionnel », *AJDA*, 2005, p. 1170.
[2377] Y. Jégouzo, « La Charte de l'environnement », *AJDA*, 2005, p. 1156.
[2378] Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne, *Journal officiel* du 3 septembre 1992, p. 12095.

d'illustration, en 2001, le juge électoral a été saisi d'une requête demandant l'annulation du décret portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des sénateurs[2379]. Le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur aurait dû modifier ce découpage conformément à l'article 6 de la DDHC et aux articles 3 et 24 de la Constitution. Il a constaté une « carence »[2380] de ce dernier mais a refusé de censurer. En d'autres termes, il a précisé quelles normes de référence étaient bafouées tout en s'interdisant d'annuler la loi relative au découpage électoral[2381].

Deux observations peuvent être formulées. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel était saisi sur le fondement de l'article 59 de la Constitution par un requérant : le juge électoral était compétent et non le juge de la constitutionnalité. Il s'agissait de s'attarder sur la légalité d'un décret et non sur la constitutionnalité d'une loi. Ensuite, la loi contestée par le requérant était déjà promulguée. À cette époque, seul le contrôle de constitutionnalité *a priori* existait[2382] : le Conseil constitutionnel aurait donc largement outrepassé ses attributions s'il avait censuré la loi. La Haute instance devait donc contrôler la constitutionnalité d'une loi promulguée dans l'exercice de ses compétences électorales. La décision aurait bouleversé les contentieux électoraux et de la constitutionnalité si la requête avait été accueillie favorablement. Ainsi, il s'est contenté de marteler que la loi était inconstitutionnelle sans la censurer dans son dispositif.

La tentative fut renouvelée en 2007 : un requérant demandait l'annulation du décret portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale[2383]. Dans ses observations de 2003, le Conseil constitutionnel avait de nouveau précisé que

[2379] Décision n° 2001-18 ELEC du 20 septembre 2001, Décision du 20 septembre 2001 sur les requêtes présentées par Monsieur Stéphane Hauchemaille et Monsieur Philippe Marini, *Journal officiel* du 23 septembre 2001, p. 15121.
[2380] Considérant 8 de la décision n° 2001-18 ELEC du 20 septembre 2001.
[2381] « Considérant qu'il incombait au législateur, en application des dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution, de modifier la répartition par département des sièges de sénateurs figurant au tableau n° 6 annexé à la partie législative du code électoral, afin de tenir compte des évolutions de la population des collectivités territoriales dont le Sénat assure la représentation ; que, si le législateur n'a pas procédé à cette modification, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, se prononçant, comme en l'espèce, en application de l'article 59 et non de l'article 61 de la Constitution, d'apprécier la constitutionnalité des dispositions législatives contenues dans le tableau susmentionné ».
[2382] Exception faite de la jurisprudence néo-calédonienne : décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, *Journal officiel* du 26 janvier 1985, p. 1137.
Cette jurisprudence consacre « l'existence d'une exception au principe interdisant l'examen de constitutionnalité de lois promulguées dans le cadre du contrôle *a priori* prévu par l'article 61 de la Constitution ». Voir sur ce point : Ch-E. Sénac, « Le renouveau de la jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie », *RDP*, n°6, 2013, p. 1453.
[2383] Décision n° 2007-23 ELEC du 3 mai 2007, Décision du 3 mai 2007 portant sur une requête présentée par Monsieur Pascal JAN, *Journal officiel* du 4 mai 2007, p. 7907, texte n° 86.

législateur était contraint de modifier le découpage électoral[2384]. Le juge électoral a persisté, en refusant de censurer ladite loi : il n'a souhaité pas saisir cette aubaine, estimant que le décret avait été pris conformément aux dispositions législatives. Néanmoins, le terme « carence »[2385] est toujours utilisé et le commentaire insiste : « il ne fait donc pas de doute que la carte des circonscriptions législatives est aujourd'hui inconstitutionnelle »[2386]. Le juge électoral, tout comme le conseiller précédemment, fait état de l'inconstitutionnalité manifeste du découpage électoral des circonscriptions législatives sans censure. Il réprouve, une fois encore, l'absence d'intervention des pouvoirs publics. Plusieurs offices concourent ainsi à condamner la délimitation désuète des circonscriptions législatives.

La Haute instance, assez démunie, a donc adopté une décision à mi-chemin d'une censure : le « piège »[2387] est ainsi évité. Elle a reconnu l'inconstitutionnalité de la loi sur le fondement duquel le décret a été édicté mais a renoncé à censurer ces normes. Bien que cela soit discret, le juge électoral exerce donc un contrôle de constitutionnalité. Il est donc attiré par les compétences qu'exerce le juge de la constitutionnalité. Plus encore, le juge électoral n'ignore pas ce qu'effectue le juge de la constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel, en tant que juge électoral, ne parvient pas à s'échapper de son office du juge de la constitutionnalité, particulièrement lorsqu'une inconstitutionnalité ou une conformité est manifeste.

Le juge électoral préserve la Constitution en contrôlant si les élections ont été respectueuses des règles démocratiques. À ce titre, il protège le texte constitutionnel avant la tenue des élections mais également après le scrutin. Ce faisant, il détient un « office de juge constitutionnel »[2388]. Son rôle de gardien de la Constitution, en ce sens, n'est pas différent de celui qu'exerce le juge judiciaire ou le juge administratif. En effet, en de telles circonstances, le juge électoral applique le texte constitutionnel en exigeant son respect. De la sorte, si les actes préparatoires aux élections ou les scrutins eux-mêmes sont inconstitutionnels, le juge électoral peut sanctionner en les annulant. Son rôle est donc celui d'un veilleur du texte constitutionnel. En revanche, il n'est pas parvenu à s'en contenter puisqu'il a déjà exercé des

[2384] Décision n° 2003-20 ELEC du 15 mai 2003, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 9 et 16 juin 2002, *Journal officiel* du 21 mai 2003, p. 8694.
[2385] Considérant 4 de la décision n° 2007-23 ELEC du 3 mai 2007.
[2386] « Commentaire de la décision n° 2007-23 ELEC du 3 mai 2007 », p. 6, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier23/ccc_030507elec_jan.pdf.
[2387] R. Ghévontian « Vingt ans après. Observations sous Conseil d'État, Section, 14 septembre 2001, Marini, Conseil Constitutionnel, 20 septembre 2001, Hauchemaille et Marini et Conseil Constitutionnel, 13 décembre 2001, Hauchemaille », *RFDA*, 2002, p. 393.
[2388] Ch.-E. Sénac, *L'office du juge constitutionnel, Etude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, *op. cit.*, p. 16.

compétences du juge de la constitutionnalité même si, jusqu'ici, son contrôle de conformité à la Constitution était déguisé.

L'exercice de l'office de juge électoral est donc lié à celui exercé dans le cadre des articles 61 et 61-1 de la Constitution. En effet, le Conseil constitutionnel ne parvient pas à cloisonner ses offices. Qu'il soit saisi comme juge électoral ou comme juge de la constitutionnalité, il tient à préserver le texte constitutionnel. On en a eu une confirmation depuis 2012 puisque le juge électoral s'érige en juge de la constitutionnalité.

Section 2 : La transformation du juge électoral en juge de la constitutionnalité

Les juridictions ordinaires et le Conseil constitutionnel statuant en qualité de juge électoral, avaient, jusqu'en 2012, une jurisprudence concordante sur la question du contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, les juridictions ordinaires s'y refusent depuis longtemps. À cet égard, l'arrêt *Paulin* du 11 mai 1833[2389] rendu par la Cour de cassation précise que « la loi du 8 octobre, délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité ». De la même façon, le Conseil d'État s'estime incompétent, comme le démontre l'arrêt *Arrighi* du 6 novembre 1936[2390] : « le moyen tiré de ce que l'article 36 de la loi du 28 février 1934, en vertu duquel ont été pris les décrets des 4 avril et 10 mai 1934, serait contraire aux lois constitutionnelles, n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux ». Cette jurisprudence constante a été réaffirmée à plusieurs reprises[2391].

Le Conseil constitutionnel adoptait, jusqu'à une époque récente, la même attitude lorsqu'il statuait comme juge électoral. En cette qualité, il est un juge ordinaire puisqu'il juge de l'application de la loi. Pour cette raison, il refusait systématiquement d'examiner la constitutionnalité d'une disposition législative lorsqu'il était saisi de requêtes électorales. « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi de recours contre l'élection de sénateurs, d'apprécier la conformité à la Constitution des dispositions législatives mises en place par les requérants », précise la décision n° 80-889 SEN du 2 décembre 1980[2392] qui sera, par la suite,

[2389] C. Cass, Crim., 11 mai 1833, *Paulin*, Bulletin 1833 n° 182.
[2390] CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, Recueil p. 966.
[2391] C. Cass, Crim., 26 février 1974, n° de pourvoi : 72-93438 et CE, 2 octobre 1996, *Commune de Bourg-Charente*, n° 161696.
[2392] Décision n° 80-889 SEN du 2 décembre 1980, Sénat, Eure, *Journal officiel* du 4 décembre 1980, p. 2848 ou encore décision n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988, Val-d'Oise (5ème circ.), *Journal officiel* du

la référence du juge électoral. Il considérait que seul le juge de la constitutionnalité avait compétence sur le fondement des articles 54 et 61 de la Constitution : « la non-conformité de dispositions législatives à la Constitution ne peut être contestée devant le Conseil constitutionnel que dans les cas et suivant les modalités définis par l'article 61 de la Constitution »[2393]. Le juge électoral ne se confondait pas avec le juge de la constitutionnalité, les deux offices s'exerçaient de façon indépendante.

Néanmoins, aujourd'hui, le juge électoral se confond avec le juge de la constitutionnalité. Il s'est, en effet, reconnu compétent pour contrôler explicitement la constitutionnalité *a posteriori* des lois (§1). Des QPC peuvent donc être examinées par le juge électoral. Toutefois, le bilan de son contrôle est nuancé : la matière électorale n'a pas été bouleversée par cette nouvelle compétence (§2).

§1 : L'irruption du contrôle de constitutionnalité a posteriori dans le contentieux électoral

Le juge électoral contrôle expressément la constitutionnalité des lois. Il détient à ce titre une nouvelle compétence, il peut désormais être saisi de QPC (A). Ainsi, le juge électoral ne statue plus de la même façon. En ce sens, si la disposition législative est jugée conforme, alors elle s'appliquera au cas d'espèce. Au contraire, dans le cas où la disposition contestée serait inconstitutionnelle, les élections pourraient, par ricochet, se voir annuler. Étant donné que les contestations des opérations électorales dépendent du sort de la QPC, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* devient prioritaire (B).

A. La nouvelle compétence du juge électoral

Le Conseil constitutionnel statuant en tant que juge électoral n'est plus celui qui, au même titre que les autres juridictions, devait se contenter du contrôle de conventionnalité, sans exercer un contrôle de constitutionnalité. La prédiction du sénateur Portelli s'est avérée, à savoir qu'il

25 octobre 1988, p. 13474, considérant 3 : « considérant que le Conseil constitutionnel ne peut être appelé à statuer sur la conformité d'une loi à la Constitution que dans les cas et suivant les modalités définis par son article 61 ; qu'il ne lui appartient donc pas, lorsqu'il se prononce en qualité de juge de l'élection en vertu de l'article 59 de la Constitution, d'apprécier la constitutionnalité d'une loi ».

[2393] Décision n° 2001-18 ELEC du 20 septembre 2001, considérant 6.

appartiendrait au Conseil constitutionnel de statuer ou non sur une QPC à l'occasion du contentieux électoral[2394].

La décision n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012[2395] a marqué l'abandon d'une jurisprudence constante. M. Bubenheimer, conseiller municipal d'une commune du département du Loiret, qui n'avait pas été désigné comme électeur sénatorial, saisit, conformément à l'article L.292 alinéa 2 du code électoral[2396], le tribunal administratif d'Orléans aux fins d'obtenir l'annulation de la désignation des délégués municipaux chargés d'élire les sénateurs. À l'appui de sa requête, il invoque l'inconstitutionnalité de l'article L.289 du code qui violerait le principe de pluralisme des courants d'idées et d'opinions consacré à l'article 4 de la Constitution. Toutefois, le tribunal administratif d'Orléans, par un jugement en date du 24 juin 2011, rejette ce recours. Il juge que le grief soulevé ne contenait qu'une QPC et était donc irrecevable pour ne pas avoir satisfait à l'exigence d'un écrit distinct et motivé. Le requérant décide alors de porter ce contentieux devant le Conseil d'État aux fins de transmission d'une QPC. Le président de la section du contentieux adopte la même solution que le juge du fond et qualifie la requête d'irrecevable.

M. Bubenheimer n'a plus d'autre solution que de se tourner vers le Conseil constitutionnel, et ce d'ailleurs à deux titres. En premier lieu, il le saisit en tant que juge du contentieux des élections sénatoriales. En effet, le requérant est autorisé à contester l'élection dans son ensemble, eu égard à une lecture combinée de l'article 59 de la Constitution[2397] et de l'article 33 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 qui dispose que « le droit de contester une élection appartient à toutes les personnes inscrites sur les listes électorales ou les listes électorales consulaires de la circonscription dans laquelle il a été procédé à l'élection ainsi qu'aux personnes qui ont fait acte de candidature ». En l'espèce, le Conseil devait donc rendre une décision SEN. En deuxième lieu, le requérant saisit le Conseil en tant que juge du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Il estime que l'article L. 289 du code électoral est contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit. Dans ce contexte, compte tenu de sa jurisprudence antérieure, le Conseil aurait dû s'estimer incompétent. Ainsi, il aurait pu refuser d'examiner la constitutionnalité d'une disposition législative, puisqu'il était saisi comme juge

[2394] Sénat, Commission des lois, Rapport n°637, déposé le 29 septembre 2009, p. 37.
[2395] Décision n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012.
[2396] Article L. 292 alinéa 2 du code électoral : « la régularité de l'élection des délégués et suppléants d'une commune peut être contestée par le préfet ou par les électeurs de cette commune ».
[2397] Article 59 de la Constitution : « Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs ».

électoral, tout en envisageant de rendre une décision QPC distincte. Cependant, pour la première fois, il accueille favorablement ce moyen : c'est un tournant dans la jurisprudence électorale du Conseil constitutionnel.

D'après l'article premier de la loi organique du 10 décembre 2009[2398], une requête arguant qu'une loi viole les droits et libertés constitutionnels ne devrait être présentée que « devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ». Implicitement, certaines juridictions sont évincées par cet article comme la Haute Cour ou le Tribunal des conflits[2399]. Le Conseil constitutionnel, juge électoral, ne relevant ni de l'ordre administratif ni de l'ordre judiciaire, devrait également être exclu de droit[2400]. Néanmoins, « il aurait été paradoxal que l'électeur dispose de garanties plus fortes quant au respect de ses droits et libertés constitutionnels lorsqu'il conteste, devant la juridiction administrative, l'élection d'un conseiller municipal ou d'un conseiller général que lorsqu'il conteste l'élection d'un député ou d'un sénateur »[2401].

Ainsi, le Conseil constitutionnel examine la constitutionnalité de l'article déféré et se déclare compétent alors même qu'il est juge électoral. Sa qualité de juge ordinaire se trouve bouleversé : il agit comme juge de la constitutionnalité même dans son office de juge électoral. Dans sa décision du 12 février 2012, le juge électoral décide que l'article L.289 du code électoral ne porte atteinte à aucun droit ou liberté garantit par la Constitution. De surcroît, le Conseil rejette la requête car le demandeur n'a pas soulevé le moyen selon lequel les opérations de désignation des délégués municipaux ne respectent pas l'article L.289 du code électoral. Il admet alors que la requête de M.Bubenheimer ne concerne que la constitutionnalité dudit article. En d'autres termes, il s'agissait d'un subterfuge pour saisir le juge de la

[2398] Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution publiée au *Journal officiel* n°0287 du 11 décembre 2009 p. 21379.
[2399] Décision du TC, 4 juillet 2011, *Bidalou c/ Ministre du budget des comptes publics et de la réforme de l'État*, n° 3803 : « Considérant qu'il résulte de la combinaison de l'article 61-1 de la Constitution et de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1607 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, issu de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, qu'une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être présentée que devant les juridictions qui relèvent du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ; que dès lors, une telle question ne peut être présentée devant le Tribunal des conflits ; qu'ainsi la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M. B est en tout état de cause irrecevable ».
[2400] P. Cassia, « Le Conseil constitutionnel, saisi comme juge ordinaire, est habilité à statuer directement sur une QPC », art. cité, p. 327.
[2401] « Commentaire de la décision n°2011-4538 SEN », p. 11, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/20114540sen/ccc_sen2011.pdf.

constitutionnalité ou plutôt pour justifier que le juge électoral exerce un contrôle de constitutionnalité. La confusion des offices est donc manifeste.

L'article premier du dispositif de la décision se concentre sur la constitutionnalité de la disposition contestée et ce n'est que le deuxième article qui traite du contentieux électoral. Cependant, le juge de la constitutionnalité, ne pouvant être saisi directement par un justiciable, se dissimule derrière une compétence exercée par le juge électoral. *A contrario*, au sein de ses visas, la requête contestant l'élection apparaît prioritaire vis-à-vis du mémoire QPC. D'autant qu'en l'espèce, le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC n'est pas visé alors qu'il l'est dans toutes les décisions QPC. Non seulement un doute subsiste sur le respect du règlement, notamment en ce qui concerne le caractère contradictoire de la procédure, mais, surtout, le Conseil a bel et bien eu la volonté de masquer sa qualité de juge de la constitutionnalité.

En conséquence, le contentieux électoral connaît désormais de moyens relatifs à l'inconstitutionnalité d'une disposition législative. Par la suite, le Conseil constitutionnel décidera d'ailleurs de modifier son règlement applicable à la procédure suivie devant lui pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs[2402] : il y insèrera un article 16-1 et notamment un alinéa 1[er] qui dispose que « lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée à l'occasion d'une procédure en cours devant lui, le Conseil constitutionnel procède selon les dispositions du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité »[2403]. En conséquence, les conditions de recevabilité de la QPC sont identiques, qu'il s'agisse d'une QPC soulevée devant le juge de la constitutionnalité ou devant le juge électoral.

L'examen de cette première QPC dans le contentieux électoral a surpris. « Force est donc de constater que l'on se trouve en présence d'une "QPC mutante", que l'on pourrait baptiser la QP'C : la question préalable de constitutionnalité »[2404]. Cette décision, originale dans un premier

[2402] Décision n° 2013-126 ORGA du 22 février 2013, Modification du règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux et l'élection des députés et des sénateurs, *Journal officiel* du 27 février 2013 p. 3295.
[2403] L'alinéa 2 dispose que « le Conseil peut toutefois, par décision motivée, rejeter sans instruction contradictoire préalable les questions prioritaires de constitutionnalité qui ne réunissent pas les conditions prévues par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ».
[2404] J.-P. Derosier, « Une QPC dans le contentieux électoral, ou lorsque le préalable devient préjudiciel », *JCP A*, n° 16, 2012, p. 40.

temps, a fait jurisprudence. Désormais la QPC occupe une place prioritaire dans le contentieux électoral.

B. La primauté des QPC dans le contentieux des élections

La primauté de la QPC dans le contentieux électoral repose sur trois éléments. Paradoxalement, les conditions de recevabilité des QPC sont examinées de façon succincte par le juge électoral. Le Conseil constitutionnel, à défaut de pouvoir s'autosaisir, accueille le plus souvent favorablement les QPC soulevées par les requérants (1). Dans la même logique, il privilégie le contrôle des QPC aux requêtes électorales alors même qu'il est saisi d'une contestation électorale (2). Le juge électoral, en effectuant un contrôle de constitutionnalité, sème le trouble sur le contrôle de conventionnalité qu'il a toujours accepté d'exercer. Néanmoins, le doute se dissipe puisque la priorité est accordée aux QPC (3).

1. L'examen peu rigoureux des conditions de recevabilité des QPC

Le juge électoral, saisi d'une QPC, examine d'abord cette dernière avant de statuer au fond sur la contestation des opérations électorales. Il s'attarde en premier lieu sur la recevabilité de la QPC. « Dans ce cas, le Conseil est à la fois le juge du fond de l'affaire, le juge de la recevabilité et le juge de la question de constitutionnalité »[2405]. Néanmoins, seule la décision n° 2014-4909 SEN du 23 janvier 2015[2406] précise explicitement : « [e]n ce qui concerne la recevabilité : ». Les autres[2407] se contentent de scinder la décision en deux parties, dont une désignée : « Sur la question prioritaire de constitutionnalité ».

[2405] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 468.
[2406] Décision n° 2014-4909 SEN du 23 janvier 2015, Yonne, *Journal officiel* n°0021 du 25 janvier 2015 p. 1154, texte n° 31.
[2407] Décision n° 2012-4563/4600 AN du 18 octobre 2012, A.N., Hauts-de-Seine (13ème circ.), *Journal officiel* du 19 octobre 2012, p. 16298, texte n° 59 ; Décision n° 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN du 18 octobre 2012, A.N., Val-de-Marne (1ère circ.), *Journal officiel* du 19 octobre 2012, p. 16299, texte n° 60 ; Décision n° 2012-4580/4624 AN du 15 février 2013, A.N., Français établis hors de France (6ème circ.), *Journal officiel* du 19 février 2013 p. 2839, texte n° 74 ; Décision n° 2017-166 PDR du 23 mars 2017, Réclamation présentée par M. Jacques BIDALOU, *Journal officiel* n°0072 du 25 mars 2017 texte n° 75 ; Décision n° 2017-4977 QPC / AN du 7 août 2017, A.N., Gard (6ème circ.) M. Raphaël BELAÏCHE, *Journal officiel* n°0184 du 8 août 2017 texte n° 59 ; Décision n° 2017-5256 QPC / AN du 16 novembre 2017 A.N., Vaucluse (4ème circ.), M. Gilles LAROYENNE, *Journal officiel* n°0268 du 17 novembre 2017 texte n° 124 ; Décision n° 2017-5256 R QPC/AN du 2 février 2018, A.N., Vaucluse (4ème circ.), M. Gilles LAROYENNE et Décision n° 2017-5267 SEN / QPC du 1er décembre 2017, SEN, Martinique, M. Joseph VIRASSAMY, *Journal officiel* n°0281 du 2 décembre 2017 texte n°73.

Pourtant, les conditions de recevabilité devraient être scrutées attentivement puisqu'aucune juridiction n'a pu filtrer la QPC, « c'est le Conseil constitutionnel [qui a exercé] ici son propre filtre » [2408]. En effet, les QPC formées devant une juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, ou même celles directement soulevées devant ces deux juridictions suprêmes, sont tenues au respect des conditions posées par la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Elles sont soumises au filtre des Cours suprêmes avant d'être transmises au Conseil constitutionnel. Le juge électoral devrait donc être scrupuleux quant aux exigences de recevabilité de la QPC. D'autant que le règlement intérieur applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs est elliptique[2409]. Aucune mention n'est ainsi faite des conditions de recevabilité.

L'exigence selon laquelle la disposition doit être applicable au litige n'est toutefois pas examinée par le Conseil. Alors que le juge électoral devrait, de la même façon que les juridictions suprêmes dans leurs décisions de renvoi[2410], préciser que les dispositions sont applicables au litige, le Conseil constitutionnel est peu explicite sur ce point. En effet, il ne recherche pas si la loi concerne la requête. Pourtant, il s'agit de lier le procès constitutionnel au procès ordinaire, de telle sorte que la décision QPC doit avoir un effet utile sur l'issue du procès. Le Conseil constitutionnel recherche souvent[2411] cet « "effet utile" de la QPC à l'égard du justiciable qui l'a posée, en considérant que la décision, si elle reconnaît le bien-fondé de la contestation, doit en principe bénéficier aux procédures en cours »[2412].

La Haute instance a, dès l'instauration de la QPC[2413], refusé de vérifier si les dispositions étaient applicables au litige. Depuis lors, l'habitude, dans les décisions QPC, est de ne pas examiner la première condition. Un filtrage des QPC ayant déjà été opéré par le Conseil d'État et la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel renonce à mettre en cause l'examen des

[2408] R. Rambaud et R. Salas-Rivera, « Le contentieux direct des élections législatives 2017 », *AJDA*, 2018, p. 1314.
[2409] Il prévoit seulement en son article 16-1 que « lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée à l'occasion d'une procédure en cours devant lui, le Conseil constitutionnel procède selon les dispositions du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ».
[2410] La Cour de cassation précise explicitement : « que les dispositions contestées sont applicables au litige [ou à la procédure] » alors que le Conseil d'État adopte le plus souvent cette formulation : « ces dispositions sont applicables au litige ».
[2411] Il l'a d'ailleurs affirmé dès sa première décision QPC qu'il avait cet objectif : « afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours », décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, Consorts L. [Cristallisation des pensions], *Journal officiel* du 29 mai 2010, p. 9728, texte n° 67.
[2412] G. Drago, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, p. 549.
[2413] Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010.

juridictions suprêmes[2414]. Pourtant, étant donné que les juridictions suprêmes ne vérifient pas le respect des exigences de recevabilité dans le cadre des opérations électorales, le Conseil devrait contrôler et préciser l'applicabilité de la disposition au litige. Néanmoins, il ne vérifie pas plus cette condition[2415].

La jurisprudence du juge électoral suggère qu'il s'attarde principalement sur la deuxième condition, à savoir le 2° de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 qui exige que la disposition contestée « n'a[it] pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ». De façon générale[2416], les décisions du juge électoral contenant une QPC précisent si la disposition en cause a déjà été contrôlée ou non[2417]. Cette attitude correspond à celle adoptée par le juge de la constitutionnalité dans le cadre des décisions QPC : la Haute instance vérifie le changement de circonstances[2418]. Contrairement à la première condition, le juge de la constitutionnalité n'a pas une confiance aveugle dans les juridictions suprêmes lorsqu'elles transmettent des QPC admettant un changement de circonstances. En effet, « il serait curieux de remettre à d'autres (…) l'interprétation de sa propre jurisprudence »[2419]. Le Conseil constitutionnel veut maîtriser le choix de revenir sur une décision[2420]. Le juge électoral, quant à lui, adopte la même posture que le juge de la constitutionnalité : il vérifie si la disposition a déjà été soumise à un contrôle de constitutionnalité et, auquel cas, analyse un éventuel changement de circonstances. D'ailleurs, dans cinq cas[2421] sur neuf[2422], la QPC a été déclarée

[2414] Considérant 6 de la décision n°2010-1 QPC du 28 mai 2010 : « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites ».
[2415] C. Richaud, « La QPC à l'épreuve du contentieux électoral », *Constitutions*, 2015, p. 277.
[2416] Exceptions faites de la décision n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012, de la décision n° 2017-4977 QPC / AN du 7 août 2017 et de la décision n° 2017-5267 SEN / QPC du 1er décembre 2017.
[2417] Considérant 4 de la décision n° 2017-166 PDR du 23 mars 2017 ; considérants 4 et 5 de la décision n° 2014-4909 SEN du 23 janvier 2015 ; considérant 5 de la décision n° 2012-4580/4624 AN du 15 février 2013, A.N., Français établis hors de France (6ème circ.), *Journal officiel* du 19 février 2013 p. 2839, texte n° 74 ; considérants 5 et 6 de la décision n° 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN du 18 octobre 2012 et considérants 5 et 6 décision n° 2012-4563/4600 AN du 18 octobre 2012.
[2418] Pour un exemple récent, voir la décision n° 2019-769 QPC du 22 mars 2019, Mme Ruth S. [Calcul du plafonnement de l'impôt de solidarité sur la fortune], *Journal officiel* n°0070 du 23 mars 2019, texte n° 80, cons. 6.
[2419] P. Blachèr, J.-E. Gicquel et P. Jan, *Droits et libertés constitutionnels*, Hachette Supérieur, 2012, p. 38.
[2420] A.-C. Bezzina, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 324.
[2421] Décision n° 2017-166 PDR du 23 mars 2017 ; Décision n° 2017-5256 QPC / AN du 16 novembre 2017 A.N; Décision n° 2012-4580/4624 AN du 15 février 2013 ; Décision n° 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN du 18 octobre 2012 ; Décision n° 2012-4563/4600 AN du 18 octobre 2012.
[2422] Dans neuf décisions relatives aux contentieux électoraux (toutes élections confondues), une QPC a été soulevée.

irrecevable car un contrôle de constitutionnalité avait déjà été opéré et il n'y a pas eu de changement de circonstances.

S'agissant de la troisième condition, celle-ci diffère selon que la QPC est soulevée devant les juridictions suprêmes ou devant les juridictions du fond. Dans le premier cas, elle doit être sérieuse ou nouvelle alors que dans le second cas, elle ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux. Seulement, en matière électorale, la loi organique du 10 décembre 2009 et le règlement intérieur relatif sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC sont silencieux. Il est donc difficile de déterminer quelle est la troisième condition qui doit être remplie lorsqu'une QPC est soulevée devant le juge électoral. Seule la décision n° 2017-4977 QPC / AN du 7 août 2017 précise que « la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux [et] (…) doit donc être rejetée »[2423]. Cette décision est originale en ce que, pour la première fois, le caractère sérieux ou nouveau de la question est examiné. Plus précisément, avant de s'attarder sur celle-ci, le Conseil constitutionnel vérifie les moyens avancés par le requérant. Ce dernier, en l'espèce, conteste la constitutionalité de l'article L.123 du code électoral selon lequel « les députés sont élus au scrutin uninominal majoritaire à deux tours ». Il considère que les droits et libertés constitutionnels méconnus sont ceux figurant à l'alinéa 2 de l'article 3 de la Constitution[2424], ainsi qu'à l'alinéa 3 de l'article 4 de la Constitution[2425]. Le juge électoral admettre *in fine* que « les dispositions contestées ne confient pas l'exercice de la souveraineté nationale à une section du peuple » et « n'affectent pas [non plus] l'égalité entre électeurs ou candidats dans une mesure disproportionnée »[2426]. Ainsi, le juge électoral a formulé un commentaire sur un moyen avancé par le requérant mais pour autant, il a rejeté la QPC. En effet, selon le Conseil constitutionnel, la question n'est ni nouvelle ni sérieuse. Cette décision nous renseigne ainsi sur la troisième condition s'appliquant lorsqu'une QPC est directement soulevée devant le Conseil : le dernier critère est distinct de celui qui vaut pour les juridictions suprêmes.

De façon globale, le juge électoral semble, dans cette décision, avoir eu la volonté de se conformer rigoureusement aux exigences de la loi organique du 10 décembre 2009. L'intégralité d'un considérant y fait référence[2427] dans lequel toutes les conditions sont

[2423] Considérant 12 de la décision n°2017-4977 QPC/ AN du 7 août 2017.
[2424] « Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».
[2425] « La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ».
[2426] Considérant 11 de la décision n°2017-4977 QPC/ AN du 7 août 2017.
[2427] « Pour satisfaire aux conditions prévues par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, la question prioritaire de constitutionnalité doit contester une disposition

examinées. Pour autant, le même considérant est adopté[2428] dans la décision n° 2017-5256 QPC / AN du 16 novembre 2017 alors que le juge ne précise pas expressément si les exigences de recevabilité d'une QPC sont remplies. La jurisprudence du juge électoral exerçant l'office de juge de la constitutionnalité n'est donc pas pleinement satisfaisante : mêlant deux offices, il ne parvient pas à concilier les contraintes de l'un et de l'autre. Or, les aspects procéduraux sont différents. Le juge électoral est, dans cette hypothèse, juge de la loi et juge de la requête électorale. Or, il souhaite surtout statuer sur la QPC comme s'il en était saisi dans les mêmes conditions que celles de l'article 61-1 de la Constitution. Ceci prouve que le juge électoral octroie une place privilégiée aux QPC.

2. La faveur accordée à la QPC dans le contentieux électoral

Le juge électoral est devenu un véritable juge de la constitutionnalité. D'ailleurs, de façon surprenante, dans les visas de deux décisions précitées de 2012[2429] : le Conseil vise la Constitution sans renvoyer expressément à son article 59.

Pourtant, habituellement, la formulation « vu la Constitution, notamment son article 59 »[2430] est utilisée lorsque le Conseil constitutionnel statue dans le contentieux électoral. « Le fait qu'il vise désormais la Constitution dans son ensemble illustre bien que le Conseil ne s'estime pas seulement saisi sur le fondement de l'article 59 de la Constitution, mais également sur le fondement de son article 61-1 »[2431]. Le juge électoral s'arroge les compétences

législative applicable au litige ou à la procédure et qui n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances. En outre, la question doit être nouvelle ou présenter un caractère sérieux ».

[2428] Au considérant n°4 de la décision n° 2017-5256 QPC / AN du 16 novembre 2017.

[2429] Décisions n° 2012-4563/4600 AN du 18 octobre 2012 et n° 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN du 18 octobre 2012.

[2430] Par exemple : la décision n° 2012-4618 AN du 18 octobre 2012, A.N., Bouches-du-Rhône (7ème circ.), *Journal officiel* du 19 octobre 2012, p. 16300, texte n° 61 ou encore la décision n° 2014-4898/4899 AN du 23 janvier 2015, Polynésie française, 1ère, *Journal officiel* n°0021 du 25 janvier 2015 p. 1153, texte n° 28. Plus récemment en revanche, le Conseil privilégie une autre formulation : « Au vu des textes suivants : la Constitution, notamment son article 59 » comme c'est le cas dans les décisions n° 2017-5166 et autres AN du 4 août 2017, A.N., Français établis hors de France 1ère circ., Mme Océane FRELIN et autres, *Journal officiel* n°0184 du 8 août 2017 texte n° 83 et n° 2017-5165 AN du 4 août 2017, A.N., Drôme 1ère circ., Mme Sofia BELEFDIL épouse RMIK, *Journal officiel* n°0184 du 8 août 2017 texte n° 82.

[2431] A.-L. Cassard-Valembois, « Précisions sur la recevabilité d'une QPC posée devant le Conseil constitutionnel, juge électoral (1) », *Constitutions*, 2013, p. 271.

du juge de la constitutionnalité. Toutefois, cette originalité fut éphémère puisque le Conseil renoue avec ses anciens visas dans une décision de 2013[2432].

Les QPC sont, cependant, au cœur du contentieux électoral lorsqu'un requérant en soulève une. Une décision de 2017 le prouve[2433]. Tout d'abord, la requête n'a qu'un unique moyen : la non-conformité d'une disposition législative à la Constitution. En ce que l'article contesté serait inconstitutionnel, il est nécessaire, selon le requérant, d'annuler les opérations électorales. Ainsi, la contestation des élections n'est qu'un moyen permettant de saisir le Conseil constitutionnel. La QPC devient l'objet principal du litige. Alors qu' « elle est passée inaperçue », cette décision « pourrait faire date dans le contentieux constitutionnel et électoral »[2434]. Ensuite, une innovation apparaît dans l'intitulé même de la décision puisque celle-ci contient le sigle « QPC » disposé avant « AN »[2435]. Cette dénomination sera confirmée par la suite dans une décision de la même année[2436]. Toutefois, la cohérence laisse à désirer puisque les jours suivants, dans une décision relative au contentieux des élections sénatoriales dans laquelle une QPC est soulevée, le sigle SEN est placé en premier[2437].

Sur le plan procédural, si une QPC est soulevée, un litige est concret. La QPC a pour seule vocation de déterminer si la disposition applicable est conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution. Si tel n'est pas le cas, elle est abrogée et le procès reprend devant les juges ordinaires après la décision du juge de la constitutionnalité, dans l'hypothèse d'une application de l'article 61-1 de la Constitution. Or, dans le cadre du contentieux électoral, la logique est différente : les conditions de recevabilité de la QPC, le sort de la disposition législative et l'issue du procès sont jugés par la même juridiction. Dans ce contexte, lorsqu'une QPC est irrecevable ou si la disposition législative est conforme, le procès doit reprendre et il doit porter sur la régularité des opérations électorales. Dans ce cas, le juge électoral est à nouveau borné à ses attributions traditionnelles relatives aux opérations électorales[2438].

Pourtant, lorsque sont soulevées des QPC dans le contentieux électoral, ces dernières constituent l'unique moyen de contestation des opérations électorales. En d'autres termes, à défaut d'obtenir des résultats électoraux satisfaisants, les requérants contestent la

[2432] Décision n° 2012-4580/4624 AN du 15 février 2013.
[2433] Décision n° 2017-4977 QPC / AN du 7 août 2017.
[2434] R. Rambaud et R. Salas-Rivera, « Le contentieux direct des élections législatives 2017 », art. cité, p. 1314.
[2435] Toutefois, sur le site du Conseil constitutionnel, la décision est référencée dans les décisions AN et non QPC.
[2436] Décision n° 2017-5256 QPC / AN du 16 novembre 2017.
[2437] Décision n° 2017-5267 SEN / QPC du 1er décembre 2017.
[2438] Voir en ce sens A.-L. Cassard-Valembois, « La recevabilité d'une QPC posée devant le Conseil constitutionnel, juge électoral (2) », *Constitutions*, 2013, p. 277.

constitutionnalité de la disposition législative applicable. Pour reprendre la décision du 7 août 2017[2439], le juge précise que la requête invoque uniquement l'inconstitutionnalité de l'article L. 123 du code électoral. Dans ce contexte, la QPC étant rejetée, la requête est elle-même rejetée au fond. En d'autres termes, la décision ne porte que sur le contrôle de constitutionnalité et non sur les opérations électorales. Il s'agit ainsi, pour les requérants, d'instrumentaliser le contentieux électoral en utilisant les QPC pour espérer obtenir une invalidation du scrutin. En ce sens, la recevabilité de la requête électorale n'est examinée qu'à la toute fin de la décision, après que le sort de la QPC ait été décidé. Le cas se présentera à nouveau à l'occasion des décisions n° 2017-166 PDR du 23 mars 2017 et n° 2017-5256 QPC / AN du 16 novembre 2017. Le juge électoral décide, dans ces espèces, que les requêtes sont irrecevables. Dans la première, il rappelle que seules les personnes ayant fait l'objet d'une présentation peuvent contester la liste des candidats. *A contrario*, le requérant n'ayant présenté aucun candidat ne peut contester l'établissement de cette liste. Dans la seconde, les délais de contestation n'ont pas été respectés : il est de dix jours à compter de la promulgation des résultats[2440], il courait en l'espèce jusqu'au 29 juin 2017, or l'électeur a formulé sa requête le 4 septembre.

Ainsi, en examinant en premier lieu la QPC, le Conseil constitutionnel aurait pu, dans les cas énoncés, effectuer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* alors même que la requête relative au contentieux électoral n'était pas recevable. La QPC apparaît, par conséquent, comme prioritaire : il s'agit de trancher d'abord le sort de la disposition contestée, avant de statuer ensuite sur la requête électorale. D'ailleurs, au sein du dispositif, la question de constitutionnalité figure en premier lieu tandis que la requête électorale n'apparaît qu'ensuite. Pourtant, le juge saisi est celui statuant dans la matière électorale et non celui de la constitutionnalité. En conséquence, la requête fondée sur la violation des droits et libertés constitutionnels est privilégiée par rapport au contentieux électoral.

Il ne reste désormais plus au Conseil constitutionnel qu'à harmoniser l'ensemble du contentieux électoral en acceptant de trancher une QPC à l'occasion d'une contestation relative au référendum[2441]. Pour les opérations référendaires des articles 11 et 89 de la Constitution,

[2439] Décision n° 2017-4977 QPC / AN du 7 août 2017.
[2440] Article 33, alinéa 1er de l'ordonnance du 7 novembre 1958 : « L'élection d'un député ou d'un sénateur peut être contestée devant le Conseil constitutionnel jusqu'au dixième jour qui suit la proclamation des résultats de l'élection, au plus tard à dix-huit heures ».
[2441] Article 60 de la Constitution : « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats ».

l'examen d'une QPC serait ardu puisque ce sont des actes réglementaires qui régissent la consultation nationale. En revanche, en cas de contestation des actes préparatoires, il n'est pas exclu qu'une QPC puisse être soulevée[2442].

La QPC est ainsi privilégiée en matière électorale. Le Conseil constitutionnel semble, en ce sens, oublier le fondement premier sur lequel il est saisi, à savoir les articles 58 et 59 de la Constitution. De la même façon, le caractère prioritaire de la QPC n'est pas remis en question face au contrôle de conventionnalité.

3. La priorité du contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité

Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* dans le contentieux électoral a évidemment relancé le débat sur la priorité de la QPC vis-à-vis du contrôle de conventionnalité. En effet, en tant que juridiction ordinaire, le juge des élections accepte d'opérer ce type d'examen en application des décisions du juge de la constitutionnalité de 1975[2443] et 1986[2444]. En 1988[2445], il applique cette jurisprudence après avoir contrôlé si la loi déterminant le mode de scrutin pour l'élection des députés[2446] était compatible avec l'article 3 du protocole n°1 de la CEDH[2447]. Cette jurisprudence est évidemment cohérente car le juge des élections est le juge de l'application des normes : « il est de son devoir de veiller au respect de la supériorité des traités sur la loi interne »[2448].

Cependant, la question de l'articulation entre les deux contrôles est relancée depuis que le juge électoral exerce un contrôle de constitutionnalité. Les juridictions ordinaires n'ont pas été confrontées à cette difficulté : d'une part parce qu'elles n'effectuent pas de contrôle de

[2442] O. Dord, « QPC "AOC " et QPC "d'assemblage". À propos du Conseil constitutionnel juge électoral d'un grief d'inconstitutionnalité », *AJDA*, 2012, p. 961.
[2443] Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *Journal officiel* du 16 janvier 1975, p. 671.
[2444] « [I]l appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives » conformément au considérant 6 de la décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *Journal officiel* du 5 septembre 1986, p. 10790.
[2445] Décision n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988.
[2446] Loi n° 86-825 du 11 juillet 1986 relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales publiée au *Journal officiel* du 12 juillet 1986 p. 8700.
[2447] « les hautes parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».
[2448] B. Genevois, « Le juge de l'élection, le traité et la loi », *RFDA*, 1988, p. 916.

constitutionnalité des lois (elles ne font que transmettre des QPC), d'autre part parce que le législateur organique a désamorcé un éventuel conflit. Ce dernier a précisé la solution que les juridictions devaient retenir : « saisie[s] de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, [elles doivent] se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation »[2449]. Le juge de la constitutionnalité a insisté sur ce point : l'objectif de l'article 61-1 de la Constitution est avant tout de « garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne ; que cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie »[2450]. Ainsi, « c'est du souci de ne pas la voir concurrencée ou court-circuitée par le contrôle de conventionnalité que la QPC tire son " P " »[2451]. En conséquence, ces dernières ont d'abord l'obligation de transmettre la QPC mais rien ne leur interdit, après la décision du juge de la constitutionnalité la déclarant conforme, de l'écarter ensuite au motif qu'elle serait inconventionnelle[2452]. En effet, « le problème de conformité à une convention internationale n'est pas un problème de constitutionnalité ; c'est pourquoi, les juridictions peuvent le résoudre, bien qu'elles ne soient pas juges de la constitutionnalité des lois »[2453].

Dans ce contexte, le juge électoral est soumis à la même obligation procédurale : le contrôle de constitutionnalité en premier lieu, le contrôle de conventionnalité en deuxième lieu. Étant donné que le juge est le même pour les deux, il doit statuer sur la constitutionnalité de la disposition législative avant éventuellement d'examiner sa conventionnalité. L'occasion s'est d'ailleurs présentée en 2017[2454]. La requérante soutenait que l'article 33, alinéa 1er de l'ordonnance du 7 novembre 1958[2455] contrariait les articles 6, 15 et 16 de la DDHC et les

[2449] Article 23-2, alinéa 2 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *Journal officiel* n°0287 du 11 décembre 2009 p. 21379.
[2450] Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *Journal officiel* du 11 décembre 2009, p. 21381, texte n° 2, cons. 14. Voir aussi la décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, *Journal officiel* du 13 mai 2010, p. 8897, texte n° 2, cons. 11 et 14.
[2451] A. Levade, « Perspectives : confrontation entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité », *AJDA*, 2011, p. 1257.
[2452] A. Roblot-Troizier, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », art. cité, p. 80.
[2453] F. Luchaire, « Note sous décision 88-1082/1117 », *D.*, 1989, p. 285.
[2454] Décision n° 2017-5256 QPC / AN du 16 novembre 2017.
[2455] Dans sa version modifiée par la loi organique n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs, *Journal officiel* n°0092 du 19 avril 2011 p. 6826.

articles 59 et 63[2456] de la Constitution. Cette disposition législative permet aux électeurs de contester une élection « jusqu'au dixième jour qui suit la proclamation des résultats de l'élection, au plus tard à dix-huit heures »[2457]. Elle arguait en outre que cet article violait la CEDH. Le juge électoral refuse de statuer sur la QPC car la loi organique a déjà subi un contrôle de constitutionnalité *a priori*[2458] et le requérant ne démontre pas de changement de circonstances[2459]. Dans ce contexte, il déclare la QPC irrecevable et s'intéresse alors à la conventionnalité de la loi.

Pourtant, il n'effectue pas de contrôle de conventionnalité. D'ailleurs, aucune justification n'est avancée. Il ajoute en effet que la requête a été déposée hors délai et qu'il n'est donc pas nécessaire de s'y attarder. Il examine donc d'abord la recevabilité de la QPC, ensuite celle de la requête. Toutes deux étant irrecevables, il les rejette sans se prononcer sur la conventionnalité de loi. Ainsi, pour effectuer ce contrôle, il est nécessaire que la contestation électorale soit valable. En revanche, cette obligation n'en est pas une pour le contrôle de constitutionnalité. En conséquence, le juge électoral n'est plus le juge ordinaire qu'il était autrefois. Il est devenu un véritable juge de la constitutionnalité. La primauté est donc accordée à la QPC sur le contrôle de conventionnalité.

Le juge électoral a finalement accepté d'exercer les compétences du juge de la constitutionnalité. L'irruption du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* dans le contentieux électoral a bouleversé les attributions du juge des élections. D'un juge uniquement compétent pour statuer sur des requêtes électorales, il s'est transformé en juge garant des droits et libertés constitutionnels. Les offices du juge électoral et du juge de la constitutionnalité ne sont pas harmonisés ni dépendants l'un de l'autre, ils se confondent. Toutefois, l'audace du Conseil constitutionnel, statuant en tant que juge électoral, est à relativiser.

§2 : Le bilan des QPC examinées par le juge électoral

[2456] « Une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui, et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations ».
[2457] Article 33 de la l'ordonnance n°5-1067 du 7 novembre 1958.
[2458] Décision n° 2011-628 DC du 12 avril 2011, Loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs, *Journal officiel* du 19 avril 2011, p. 6836, texte n° 4.
[2459] « Le Conseil constitutionnel a spécialement examiné ces dispositions dans le considérant 18 de sa décision du 12 avril 2011 mentionnée ci-dessus et les a déclarées conformes à la Constitution. En l'absence d'un changement des circonstances, la question soulevée doit donc être rejetée » conformément au considérant 6 de la décision n° 2017-5256 AN du 16 novembre 2017.

Grâce aux QPC soulevées dans le cadre du contentieux électoral, le droit électoral devrait évoluer. Pour autant, la satisfaction résultant de l'examen des QPC dans le cadre des opérations électorales est à relativiser. « S'il est désormais offert aux justiciables la possibilité de protéger leurs droits et libertés constitutionnels en matière électorale, ceux-ci ne se sont pas empressés de les faire valoir par cette voie nouvellement ouverte »[2460]. Même si les exigences relatives aux conditions de recevabilité sont simplifiées (A), seules deux dispositions législatives ont fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité depuis le revirement de jurisprudence en 2012[2461]. Néanmoins, le contrôle de constitutionnalité effectué par le juge électoral est susceptible d'avoir des conséquences tant sur les décisions DC et QPC rendues par le juge de la constitutionnalité (B) que sur les opérations électorales elles-mêmes (C).

A. Des dispositions législatives peu contrôlées

Les conditions de recevabilité des QPC sont de façon générale, dans le cadre du contentieux électoral, peu exigeantes. Toutefois, le juge électoral a tendance à appliquer excessivement l'une d'entre elles. Il s'agit de la condition selon laquelle, pour être recevable, une disposition législative ne doit pas déjà avoir été contrôlée dans les motifs et le dispositif d'une décision, sauf en cas de changement de circonstances. Il est en effet intransigeant (1) et n'admet qu'exceptionnellement un changement de circonstances (2).

1. L'intransigeance du juge électoral pour accepter le changement de circonstances

Il y a des risques que les QPC dans le contentieux électoral perdent de leur utilité si la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'évolue pas. En effet, le juge électoral n'accepte que rarement le changement de circonstances. Étant donné que le juge de la constitutionnalité a déjà octroyé un brevet de constitutionnalité, il estime qu'il n'est pas nécessaire d'effectuer à nouveau un contrôle de constitutionnalité. Pourtant, certaines dispositions législatives mériteraient d'être

[2460] F. Savonitto, « QPC et protection des droits et libertés en matière électorale », *RDLF*, n°3, 2013, disponible à l'adresse : http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/qpc-et-protection-des-droits-et-libertes-en-matiere-electorale-article/.

[2461] L'article LO 135 du code électoral et L. 123 du code électoral.

à nouveau examinées, particulièrement celles adoptées au début de la V[ème] République. Deux décisions rendues le 18 octobre 2012[2462] en sont l'illustration.

Une QPC a été formée contre l'article LO 134 du code électoral qui prévoit qu'un « député, un sénateur ou le remplaçant d'un membre d'une assemblée parlementaire ne peut être remplaçant d'un candidat à l'Assemblée nationale ». Ce dernier est issu de l'article 1[er] de l'ordonnance du 4 février 1959[2463] qui complète l'ordonnance du 24 octobre 1958[2464]. Ces ordonnances de 1958 et 1959 ont été prises en vertu de l'article 92 de la Constitution qui figurait au sein du Titre XVII réservé aux dispositions transitoires aujourd'hui abrogées[2465]. Cette disposition constitutionnelle a permis au Gouvernement d'adopter des ordonnances nécessaires « à la mise en place des institutions », « au fonctionnement des pouvoirs publics » et relatives au « régime électoral des assemblées »[2466]. Sur ce fondement, le Gouvernement a édicté environ 300 ordonnances[2467] qui ont force de loi, conformément à l'article 92 Constitution. Le Conseil constitutionnel reconnaît leur valeur législative. Il accepte notamment d'être saisi en tant que juge de la répartition des compétences normatives sur le fondement de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution pour un éventuel déclassement[2468]. Le Conseil d'État, quant à lui, refuse qu'elles puissent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir[2469]. De plus, la valeur

[2462] Décisions n° 2012-4563/4600 AN du 18 octobre 2012 et n° 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN 18 octobre 2012.
[2463] Ordonnance n° 59-224 du 4 février 1959 complétant et modifiant l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires publiée au *Journal officiel* du 7 février 1959 p. 1683.
[2464] Ordonnance n°58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires, publiée au *Journal officiel* du 25 octobre 1958 p. 9727.
[2465] Abrogées par la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires publiée au *Journal officiel* n°181 du 5 août 1995 p. 11744.
[2466] Article 92 de la Constitution.
[2467] A.-M. Le Pourhiet, *Les ordonnances, la confusion des pouvoirs en droit public français*, *op. cit*., p. 28.
[2468] Par exemple la décision n° 59-1 L du 27 novembre 1959, Nature juridique de l'article 2, alinéa 3 de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne, *Journal officiel* du 14 janvier 1960, p. 442 ou encore la décision n° 99-186 L du 31 mai 1999, Nature juridique des dispositions du premier alinéa de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 modifiée relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne, *Journal officiel* du 3 juin 1999, p. 8198.
[2469] CE, Sect., 12 février 1960, *Société Eky*, Requête n°46922, Recueil p. 101 : « Sur le pourvoi n° 46.923 dirigé contre les dispositions de l'article 136 du Code pénal édictées par l'ordonnance du 23 décembre 1958 : Considérant que l'ordonnance susvisée a été prise par le gouvernement en vertu de l'article 92 de la Constitution du 4 octobre 1958, dans l'exercice du pouvoir législatif ; que, dans ces conditions, elle ne constitue Pas un acte de nature à être déféré au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir ».

organique des ordonnances[2470], dont une disposition est contestée dans le cadre de ces deux espèces, a été affirmée par une loi du 10 juillet 1985[2471] jugée conforme à la Constitution[2472].

Ces ordonnances, ayant été prises avant l'institution du Conseil constitutionnel, n'ont pas été soumises à un examen de constitutionnalité. Pourtant, le juge de la constitutionnalité leur octroyait, jusqu'à une jurisprudence récente[2473], une sorte d'immunité contentieuse[2474]. En effet, selon la Haute instance, une ordonnance prise sur le fondement de l'article 92 de la Constitution ne pouvait voir sa constitutionnalité contestée[2475], elle leur attribuait « une présomption irréfragable de conformité à la Constitution »[2476]. De telle sorte qu'à chaque fois qu'une loi organique modifiait « dans le même esprit »[2477] une ordonnance ayant valeur de loi organique prises au début de l'actuelle République, celle-ci bénéficiait d'un brevet de constitutionnalité.

Si le Conseil constitutionnel n'avait pas doté ces ordonnances d'une telle immunité résultant de sa décision du 15 janvier 1960[2478], il aurait pu appliquer sa jurisprudence néo-calédonienne[2479]. La loi précitée du 10 juillet 1985 étendait l'application des ordonnances de 1958[2480] aux députés de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, de la Polynésie française, de Wallis-et-Futuna, de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon. Ainsi, dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité *a priori*, le Conseil constitutionnel aurait élargi son examen aux ordonnances puisqu'une loi promulguée « peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen

---

[2470] J. Boudon, *Manuel de droit constitutionnel, La V^ème^ République*, Tome 2, *op. cit*., p. 25.

[2471] « Ont force de loi les dispositions des ordonnances n°58-998 du 24 octobre 1958 et n°58-1065 du 7 novembre 1958 portant loi organique contenues dans le code électoral (partie Législative) telles que modifiées et complétées par les textes subséquents » conformément au deuxième alinéa de l'article 5 de la loi n° 85-689 du 10 juillet 1985 relative à l'élection des députés des territoires d'outre-mer, de la collectivité territoriale de Mayotte et de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon publiée au *Journal officiel* du 11 juillet 1985, p. 07801.

[2472] Décision n° 85-194 DC du 10 juillet 1985, Loi organique relative à l'élection des députés des territoires d'outre-mer, de la collectivité territoriale de Mayotte et de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon, *Journal officiel* du 11 juillet 1985, p. 7834.

[2473] Décision n° 2012-278 QPC du 5 octobre 2012, Mme Élisabeth B. [Condition de bonne moralité pour devenir magistrat], *Journal officiel* du 6 octobre 2012, p. 15655, texte n° 68.

[2474] Décision n° 60-6 DC du 15 janvier 1960, Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, *Journal officiel* du 20 janvier 1960, p. 629.

[2475] Considérant 1 de la décision n° 60-6 DC du 15 janvier 1960.

[2476] L. Favoreu et L. Philip, « Magistrats musulmans. Contrôle de la constitutionnalité des lois organiques - Incontestabilité des ordonnances portant loi organique » *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, p. 82.

[2477] Considérant 1 de la décision n° 60-6 DC du 15 janvier 1960.

[2478] Décision n° 60-6 DC du 15 janvier 1960.

[2479] Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, *Journal officiel* du 26 janvier 1985, p. 1137.

[2480] L'article 2 de la loi n° 85-689 du 10 juillet 1985 précise plus exactement « les dispositions du titre II du livre Ier du code électoral ». Or les ordonnances ont fait l'objet d'une codification en vertu du décret n° 64-1086 du 27 octobre 1964 portant révision du code électoral publié au *Journal officiel* du 28 octobre 1964 p. 9596.

de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine »[2481]. Pour autant, il ne se l'est pas permis dans ses décisions de conformité.

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, le juge électoral aurait, dans ces circonstances, comblé les insuffisances de la jurisprudence du juge de la constitutionnalité. « L'examen de ces dispositions *a posteriori* [aurait] perm[is] le contrôle approfondi que le Conseil constitutionnel n'a pas réalisé *a priori* »[2482]. En effet, dans le cadre de ces deux espèces, le juge électoral aurait pu saisir l'occasion : le champ d'application des ordonnances s'étant élargi, les conditions posées pour une application de la jurisprudence calédonienne étaient réunies. Pour autant, il se contente d'un contrôle succinct sans examiner l'ordonnance[2483]. Il a refusé de saisir l'opportunité qui s'offrait à lui alors que cette décision aurait remis « à plat le dispositif des articles LO 134 et LO 296 du code électoral, dont l'incohérence est d'autant plus criante qu'une proportion plus importante de sénateurs est désormais élue au scrutin de liste proportionnelle »[2484].

Alors même que l'article 1er de l'ordonnance du 4 février 1959, contesté par les requérants, n'a fait l'objet que d'un contrôle de constitutionnalité indirect, le juge électoral, dans ses décisions de 2012, estime que les ordonnances ont subi un examen de constitutionnalité. Selon lui, la conformité de la loi organique a également été octroyée, par ricochet, aux ordonnances[2485]. Par conséquent, la Haute instance argue du motif selon lequel un examen de constitutionnalité a déjà été opéré. Elle refuse, dans ces circonstances, d'effectuer un contrôle alors que la déclaration de conformité de 1985 a été accordée sans que le contenu même de l'ordonnance ait été expressément examiné[2486]. Ainsi, le juge électoral fait sienne la jurisprudence du Conseil d'État qui admet que le Conseil constitutionnel s'est « prononcé sur la conformité à la Constitution de chacune des dispositions de la loi organique qui lui est soumise ; que dès lors, sauf changement dans les circonstances, les lois organiques promulguées doivent être regardées, dans leur intégralité, comme conformes à la Constitution, alors même que la décision du Conseil constitutionnel qui les a examinées ne mentionne pas expressément les dispositions critiquées dans ses motifs »[2487]. Le juge électoral est donc intransigeant à

[2481] Considérant 10 de la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.
[2482] D. Degboe, *Le reclassement des actes juridiques en droit constitutionnel français*, *op. cit*., p. 408.
[2483] La décision ne contient que deux brefs considérants.
[2484] B. Dolez, « Une occasion manquée de revoir le régime des inéligibilités de l'article LO 134 du code électoral », *AJDA*, 2013, p. 65.
[2485] Article 5 de la loi n° 85-689 du 10 juillet 1985 qui donne force de loi aux ordonnances visées.
[2486] Décision n° 85-194 DC du 10 juillet 1985.
[2487] CE, 19 novembre 2014, *M. A. C. Conseil supérieur de la magistrature*, n°380570 et CE, 10ème et 9ème sous-sections réunies, 29 juin 2011, *Président de l'Assemblée de la Polynésie Française*, n°347214.

l'égard des dispositions législatives organiques. De cette façon, se « pose un problème au regard de la recevabilité des QPC en matière électorale, puisque toute la partie organique du Code électoral, même la plus ancienne, est ainsi mise à l'abri du champ de la QPC »[2488].

Dans ces deux espèces, le juge électoral aurait dû contrôler la constitutionnalité de la disposition contenue dans l'ordonnance de 1959. D'autant que, quelques jours auparavant, il avait accepté, statuant sur une décision QPC à la suite d'une saisine sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une ordonnance portant loi organique prise sur le fondement de l'article 92[2489]. Plus surprenant encore est le commentaire de la décision QPC. Il y est écrit que l'ordonnance « n'a pas été examiné[e] ni *a fortiori* déclaré[e] conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel »[2490]. Ainsi, sauf à considérer qu'en 1985 le juge de la constitutionnalité a effectué un contrôle de constitutionnalité, la disposition de l'ordonnance contestée devant le juge électoral[2491] ne bénéficie pas non plus d'un brevet de constitutionnalité, au même titre que la décision n°2012-278 QPC du 5 octobre 2012[2492]. D'autant que cette QPC a été jugé recevable sans changement de circonstances. L'intensité du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* serait donc différente. Elle serait fonction de la juridiction saisie, soit que la QPC ait été formée devant le juge électoral, soit qu'elle l'ait été devant une juridiction relevant de l'ordre judiciaire ou administratif. Quoi qu'il en soit, la constitutionnalité de l'article LO 134 du code électoral n'a pas été remise en cause alors qu'il s'agissait d'une occasion pour le Conseil constitutionnel de faire évoluer le droit électoral.

Les dispositions contestées sont source de plusieurs interprétations contradictoires. Les sénateurs ne sont pas tous élus par le même mode de scrutin. Dans le cadre du scrutin majoritaire, le remplaçant est nommément désigné. Au contraire, les complications surviennent pour les sénateurs élus par un scrutin de liste. Le premier non élu de la liste, celui qui vient immédiatement après le sénateur proclamé élu, est suppléant. De la sorte, il peut être amené à remplacer le parlementaire en cas de décès, d'empêchement ou même de nomination au

[2488] J.-P. Camby, « Le Conseil constitutionnel et le statut des suppléants parlementaires », *LPA*, n°234, 2012, p. 9.
[2489] Décision n° 2012-278 QPC du 5 octobre 2012, Mme Élisabeth B. [Condition de bonne moralité pour devenir magistrat], *Journal officiel* du 6 octobre 2012, p. 15655, texte n° 68.
[2490] « Commentaire de la décision n°2012-278 du 5 octobre 2012, Mme Élisabeth B. », p. 2, disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012278qpc/ccc_278qpc.pdf.
[2491] À savoir l'article L.O. 134 du code électoral.
[2492] Décision n° 2012-278 QPC du 5 octobre 2012.

Gouvernement. Le deuxième non élu, quant à lui, serait alors suppléant dans la perspective où le premier non élu acquerrait le siège devenu vacant.

En vertu de l'article LO 134 du code électoral, le premier non élu, dans le cadre du scrutin de liste, ne peut être candidat aux élections législatives : il est en conséquence inéligible. En effet, l'objectif est d'« assurer la disponibilité permanente de la personne appelée à remplacer le parlementaire dont le siège devient vacant »[2493]. En revanche, la deuxième personne non élue est éligible selon deux décisions du Conseil constitutionnel de 1988[2494]. En effet, l'inéligibilité « ne saurait être étendue aux autres personnes ayant seulement vocation à acquérir la qualité de remplaçant »[2495]. En conséquence, dans le cadre d'un scrutin de liste, le premier non élu est inéligible, contrairement au second.

La jurisprudence du juge électoral manque de cohérence sur ce point. Dans une décision de 1995[2496], le juge électoral n'a pas déclaré inéligible un remplaçant d'un député alors qu'il était le premier non élu de la liste victorieuse dans le cadre de l'élection sénatoriale pour laquelle il s'était présenté. Le Conseil a considéré qu'au moment du dépôt de candidature, le remplaçant du député s'inscrivait sur la liste pour devenir sénateur et non remplaçant d'un sénateur. Or, dans le cadre d'un scrutin de liste, le risque de devenir remplaçant d'un sénateur plutôt que sénateur est grand. L'article LO 134 du code électoral empêche *stricto sensu* un remplaçant d'un député d'être remplaçant d'un candidat au Sénat. Néanmoins, le Conseil constitutionnel l'applique différemment selon les cas. « Un député ne peut choisir comme remplaçant un remplaçant d'un sénateur sous peine d'inéligibilité ; en revanche, un sénateur peut avoir eu sur sa liste un remplaçant d'un député, puisque l'inéligibilité de ce dernier n'existe pas au moment de la candidature » [2497]. Compte tenu de cette cacophonie, le juge électoral aurait dû accepter de contrôler la constitutionnalité dudit article, ne serait-ce que pour harmoniser l'interprétation au moyen, éventuellement, de réserves d'interprétation.

[2493] Décision n° 93-1197 AN du 8 juin 1993, A.N., Bouches-du-Rhône (5ème circ.), *Journal officiel* du 12 juin 1993, p. 8420, cons. 4.

[2494] Décision n° 88-1113 AN du 8 novembre 1988, A.N., Seine-Saint-Denis (6ème circ.), *Journal officiel* du 9 novembre 1988, p. 14068, cons. 5 et 6 et décision n° 88-1063/1067 AN du 8 novembre 1988, A.N., Seine-Saint-Denis (9ème circ.), *Journal officiel* du 9 novembre 1988 p. 14067, cons. 6 et 7. Confirmées à l'occasion de la décision n° 93-1197 AN du 8 juin 1993, A.N., Bouches-du-Rhône (5ème circ.), *Journal officiel* du 12 juin 1993, p. 8420.

[2495] Considérant 5 de la décision n° 88-1113 AN du 8 novembre 1988.

[2496] Décision n° 95-2064/2072 SEN du 29 novembre 1995, Sénat, Seine-Saint-Denis, *Journal officiel* du 2 décembre 1995, p. 17621.

[2497] J.-P. Camby, « Règles relatives à l'appréciation d'une situation d'inéligibilité », *AJDA*, 1996, p. 135.

Par conséquent, étant donné l'irrecevabilité de la QPC soulevée dans le contentieux électoral, les élections des députés contestées ont été annulées. En effet, en application de l'article LO 134 du code électoral, les remplaçants sont inéligibles puisque, dans les deux espèces, le remplaçant du candidat proclamé élu[2498] était aussi remplaçant d'un sénateur[2499]. Même s'il considérait que l'article contesté avait fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, le juge électoral aurait pu, à tout le moins, reconnaître le changement de circonstances de droit. En effet, les « changements de mode de scrutin au Sénat, ceux du nombre de sénateurs, le changement de mode de scrutin des députés ou encore la révision de 2008, qui a modifié les règles dans lesquelles les suppléants occupent le siège laissé vacant par un parlementaire nommé ministre »[2500] constituent des modifications substantielles justifiant le nouvel examen de dispositions législatives déjà déclarées conformes. Ceci prouve que le changement de circonstances n'est que rarement admis.

2. Un changement de circonstances rarement admis

Le juge électoral a parfois accepté d'opérer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* d'une disposition législative déjà examinée. Bien que cela soit exceptionnel, un changement de circonstances a été reconnu. En effet, c'est à l'occasion de la décision SEN du 23 janvier 2015[2501] que le Conseil reconnaît le changement de circonstances de droit et juge la QPC recevable. Cette dernière portait sur les dispositions de l'article LO 135 du code électoral[2502] qui reprend l'alinéa 2 de l'article 2 de l'ordonnance du 17 novembre 1958[2503].

La loi organique du 10 juillet 1985 modifiant le code électoral et relative à l'élection des députés[2504] n'a opéré qu'une légère modification de l'article LO 135 du code électoral. En effet,

[2498] Dans la treizième circonscription des Hauts-de-Seine pour la décision n° 2012-4563/4600 AN du 18 octobre 2012 et dans la première circonscription du Val de Marne pour la décision n° 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN du 18 octobre 2012.
[2499] Isabelle Debré pour la décision n° 2012-4563/4600 AN du 18 octobre 2012 et Catherine Procaccia pour la décision n° 2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN du 18 octobre 2012.
[2500] J.-P. Camby, « Le Conseil constitutionnel et le statut des suppléants parlementaires », art. cité, p. 9.
[2501] Décision n° 2014-4909 SEN du 23 janvier 2015.
[2502] « Ainsi qu'il est dit à l'alinéa 2 de l'article 2 de l'ordonnance n° 58-1099 du 17 novembre 1958 portant loi organique pour l'application de l'article 23 de la Constitution, quiconque a été appelé à remplacer dans les conditions prévues à l'article L.O. 176 un député nommé membre du gouvernement ne peut, lors de l'élection suivante, faire acte de candidature contre lui ».
[2503] Ordonnance n° 58-1099 du 17 novembre 1958 portant loi organique pour l'application de l'article 23 de la Constitution publiée au *Journal officiel* du 18 novembre 1958 p. 10334.
[2504] Loi n°85-688 du 10 juillet 1985 modifiant le code électoral et relative à l'élection des députés publiée au *Journal officiel* du 11 juillet 1985 p. 7800.

le législateur organique s'est contenté de remplacer le numéro de l'article. L'article LO 135 du code électoral vise l'article LO 176 du code électoral. Avec la nouvelle mouture de la disposition de 1985, l'article LO 176 est remplacé par l'article LO 176-1 mais le contenu reste identique : il s'agit d'« un simple toilettage de la référence du renvoi »[2505]. Le juge de la constitutionnalité, saisi pour contrôler la loi organique de 1985[2506], avait examiné, dans ses motifs[2507], l'article LO 135 du code électoral. Dans son dispositif, en revanche, il avait adopté une formulation large ne visant pas explicitement cet article[2508]. L'une des conditions de recevabilité des QPC est donc remplie puisque le dispositif n'inclut pas l'article en question. Rappelons que, selon la loi organique du 10 décembre 2009, la disposition contestée ne doit pas avoir « été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances »[2509]. Ainsi, il lui est arrivé d'admettre une QPC sur une disposition législative qui avait pourtant déjà été examinée dans les motifs d'une décision DC. Étant donné que le dispositif ne prévoit pas la conformité de cette disposition, celle-ci est considérée comme n'ayant jamais fait l'objet d'un tel examen[2510]. Le contrôle de la disposition dans les motifs d'une décision ne suffit pas pour lui octroyer un brevet de constitutionnalité. La conformité à la Constitution d'une disposition législative doit donc absolument figurer dans les motifs et le dispositif. Sans cela, la disposition législative est susceptible de faire l'objet d'un nouveau contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

En l'espèce, le juge électoral était saisi d'une disposition législative déjà contrôlée par le juge de la constitutionnalité. Dans le considérant 14 de sa décision DC, le Conseil précise que « ces dispositions, dont aucune n'est contraire à la Constitution, n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier les règles actuellement en vigueur applicables au mode de remplacement des

---

[2505] « Commentaire du contentieux des élections sénatoriales du 28 septembre 2014 », p. 15, disponible à l'adresse :
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/sen/2015/sen2014_ccc.pdf.

[2506] Décision n° 85-195 DC du 10 juillet 1985, Loi organique modifiant le code électoral et relative à l'élection des députés, *Journal officiel* du 11 juillet 1985, p. 7835.

[2507] Dans ses considérants 12 à 14 de la décision n° 85-195 DC du 10 juillet 1985.

[2508] « Article 1er : La loi organique modifiant le code électoral et relative à l'élection des députés est déclarée conforme à la Constitution ».

[2509] Deuxièmement de l'article 23-2 de la loi n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

[2510] Décision n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011, Départements de la Seine-Saint-Denis et autres [Concours de l'État au financement par les départements du RMI, du RMA et du RSA], *Journal officiel* du 1er juillet 2011, p. 11294, texte n° 99, cons. 22 ; Décision n° 2011-117 QPC du 8 avril 2011, M. Jean-Paul H. [Financement des campagnes électorales et inéligibilité], *Journal officiel* du 9 avril 2011, p. 6362, texte n° 90, cons. 10 ; Décision n° 2010-104 QPC du 17 mars 2011, Epoux B. [Majoration fiscale de 80 % pour activité occulte], *Journal officiel* du 18 mars 2011, p. 4935, texte n° 94, cons. 4 ; Décision n° 2010-102 QPC du 11 février 2011, M. Pierre L. [Monopole des courtiers interprètes et conducteurs de navires], *Journal officiel* du 12 février 2011, p. 2759, texte n° 53, cons. 5.

sénateurs ou celles relatives aux candidatures éventuelles des remplaçants contre les sénateurs remplacés »[2511]. Le commentaire relatif à la décision du juge électoral précise, quant à lui, qu'en 1985 « le Conseil s'était prononcé en termes suffisamment explicites pour qu'il puisse être considéré qu'il avait déclaré l'ensemble de l'article L.O. 135 conforme à la Constitution dans sa rédaction de l'époque »[2512]. Ainsi, la disposition législative ayant déjà été examinée sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, un changement de circonstances était nécessaire.

Avant d'admettre le changement des circonstances de droit résultant de la révision de l'article 25 de la Constitution[2513], le juge électoral reprend expressément[2514] la déclaration de conformité développée dans les motifs de la décision DC du 10 juillet 1985[2515]. Puis, le juge électoral examine la constitutionnalité des dispositions : il considère, à ce titre, que le législateur a opéré une conciliation entre d'une part « l'incompatibilité entre l'acceptation de ces fonctions et la poursuite de leur mandat, (…) qui rend nécessaire (…) leur remplacement dans l'exercice de leur mandat par la personne élue en même temps qu'eux à cet effet et, d'autre part, l'intérêt qui s'attache à ce que cette incompatibilité et le remplacement qu'elle rend nécessaire ne produisent pas des effets manifestement excessifs après la cessation de leurs fonctions gouvernementales »[2516]. Il juge donc la disposition conforme et rejette la requête.

Le juge électoral est particulièrement rigoureux concernant le changement de circonstances. La condition cumulative, à savoir une conformité à la fois dans les motifs et dans le dispositif, résulte de l'article 62 de la Constitution. Cet article vaut pour l'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : celui-ci doit s'être expressément prononcé[2517]. Ceci est donc valable tant devant le juge de la constitutionnalité que devant le juge électoral. Par conséquent, s'agissant de cette condition, les QPC soulevées devant le juge électoral ne bénéficient pas d'un traitement différencié.

[2511] Considérant 14 de la décision n° 85-195 DC du 10 juillet 1985.

[2512] « Commentaire du contentieux des élections sénatoriales du 28 septembre 2014 », p. 15, disponible à l'adresse :
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/sen/2015/sen2014_ccc.pdf.

[2513] Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 publiée au *Journal officiel* n°0171 du 24 juillet 2008 p. 11890.

[2514] Considérant 4 de la décision n° 2014-4909 SEN du 23 janvier 2015 : « Considérant que les dispositions de l'article L.O. 135 du code électoral reprennent celles de l'alinéa 2 de l'article 2 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 ; que ces dispositions ont été codifiées par le décret du 27 octobre 1964 susvisé ; qu'elles ont été modifiées par la loi organique du 10 juillet 1985 susvisée ; que le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L.O. 135 dans sa rédaction issue de la loi organique du 10 juillet 1985 conforme à la Constitution aux considérants 12 et 14 et à l'article premier de sa décision du 10 juillet 1985 susvisée ».

[2515] Décision n° 85-195 DC du 10 juillet 1985.

[2516] Considérant 7 de la décision n° 2014-4909 SEN du 23 janvier 2015.

[2517] A. Roblot-Troizier, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », art. cité, p. 80.

Pourtant, l'immixtion du contrôle de constitutionnalité dans le contentieux électoral devrait permettre un examen élargi. Les justiciables contestant des élections législatives, sénatoriales ou présidentielles devraient pouvoir bénéficier d'une protection accrue de leurs droits et libertés constitutionnels. En réalité, le juge électoral est particulièrement intransigeant pour reconnaître le changement de circonstances dès lors qu'une disposition législative a déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Pourtant, cet examen fut parfois lapidaire et un nouveau contrôle serait bienvenu.

L'imbrication de l'office du juge électoral et de l'office du juge de la constitutionnalité ne produit donc pas le résultat escompté. L'intérêt de pouvoir soulever des QPC devant le juge électoral est de faire bénéficier les justiciables d'une protection renforcée de leurs droits et libertés constitutionnels. Or, en refusant le plus souvent le changement de circonstances, le juge électoral n'offre pas davantage de garanties. Le droit électoral ne s'en trouve pas particulièrement affecté par l'avènement de la QPC dans le contentieux des élections. En revanche, cette nouvelle compétence octroyée au juge électoral étaye la jurisprudence du juge de la constitutionnalité. Ce dernier est en effet contraint de se référer également aux QPC jugées à l'occasion du contentieux électoral.

B. L'office du juge de la constitutionnalité influencé par le contentieux électoral

L'office du juge de la constitutionnalité est bouleversé par ce « janus jurisprudentiel »[2518]. Depuis la naissance des QPC dans le contentieux électoral, le juge de la constitutionnalité, statuant à l'occasion des décisions DC et QPC, est influencé ou le sera par les décisions AN, SEN et PDR[2519]. Le juge de la constitutionnalité doit se conformer à la jurisprudence du juge électoral. Plusieurs situations peuvent se rencontrer.

En premier lieu, dans l'hypothèse où une QPC serait formée par un requérant, à l'occasion d'un litige devant une juridiction ordinaire, contre une disposition législative déjà déclarée conforme dans une décision électorale, les juridictions devraient refuser de transmettre la QPC, sauf changement des circonstances. Si les juridictions suprêmes acceptaient néanmoins de

[2518] R. Ghevontian, « Un Janus jurisprudentiel : À propos de la décision 2011-4538 du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2012 - Sénat, Loiret », *Constitutions*, 2012, p. 343.
[2519] Le juge électoral harmonisera probablement le contentieux électoral en acceptant des QPC à l'occasion de requêtes soulevées dans le cadre du contentieux référendaire.

renvoyer la QPC alors qu'elle a déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* dans le cadre du contentieux électoral, le juge de la constitutionnalité émettrait un non-lieu à statuer. En deuxième lieu, dans le cas où une QPC serait formée contre une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution, un changement des circonstances peut résulter d'une décision AN, SEN ou PDR. Rappelons que le Conseil admet le changement des circonstances de droit établi notamment par des décisions QPC[2520]. Ainsi, les décisions AN, SEN et PDR, dans lesquelles des QPC sont jugées, ont des conséquences sur les QPC formulées devant le juge dans un procès en cours.

Inversement, ces mêmes QPC agissent sur le contentieux AN, SEN et PDR. Le Conseil constitutionnel, juge électoral, pourra refuser de statuer sur une QPC dans l'hypothèse où il aurait déjà statué dans son office de juge de la constitutionnalité sur la disposition législative contestée. Cette condition exige que la loi n'ait pas fait l'objet d'une déclaration de conformité. Or, cette déclaration peut dorénavant être formulée non seulement dans des décisions DC et QPC mais également par le juge électoral dans ses décisions AN, SEN et PDR.

L'admission des QPC dans le contentieux électoral prouve que le Conseil constitutionnel peut se passer des juridictions suprêmes pour effectuer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Le Conseil montre une certaine indépendance vis-à-vis de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. En cas de réticence de l'un d'entre eux à transmettre des QPC, il restera la possibilité de le saisir directement lors d'un contentieux électoral. L'accès des justiciables au Conseil constitutionnel est indéniablement facilité.

En revanche, ce contrôle de constitutionnalité opéré par le juge électoral jette à nouveau le trouble sur la distinction des compétences du Conseil. Ces dernières sont distinguées notamment grâce aux sigles des décisions qui clarifiaient l'étendue des attributions. Ce revirement jurisprudentiel prouve qu'il n'est plus possible de se référer exclusivement aux sigles des décisions. À titre d'illustration, la décision rendue le 16 novembre 2017[2521] apparaît sur le site du Conseil constitutionnel dans la rubrique « QPC »[2522] mais également dans la

[2520] C'est le cas de la décision n° 2011-125 QPC du 06 mai 2011, M. Abderrahmane L., *Journal officiel* du 7 mai 2011, page 7850, texte n° 76, et de la décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013.
[2521] Décision n° 2017-4999/5007/5078 AN QPC du 16 novembre 2017, Mme Isabelle MULLER-QUOY et autre, *Journal officiel* n°0268 du 17 novembre 2017 texte n° 116.
[2522]http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-type/les-decisions-an.114570.html.

catégorie des décisions « AN »[2523] sans le sigle « QPC ». De telle sorte que deux décisions ont été rendues : une décision QPC et une décision AN.

Concernant la décision QPC, la Haute instance précise avoir été saisie dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution. Pourtant, la décision est ainsi référencé : « Décision n° 2017-4999/5007/5078 AN QPC du 16 novembre 2017 ». Le sigle relatif au contentieux électoral apparaît en premier alors qu'à la lecture de la décision, aucune opération électorale ne semble contestée. De la même façon, il n'est ni fait mention d'une juridiction ayant renvoyé la QPC, ni de l'article 59 de la Constitution permettant aux justiciables de saisir directement le Conseil constitutionnel dès lors qu'il conteste l'élection d'un député. Cette décision est d'autant plus étonnante que, comme pour les autres décisions AN contenant une QPC, les exigences relatives au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne sont pas examinées. Dès lors que la contestation porte sur une disposition législative[2524] déjà déclarée conforme par le juge de la constitutionnalité[2525], le Conseil évacue la QPC.

Dans la décision AN, cette fois, le juge électoral vise notamment la décision QPC. En outre, dans ses motifs, il rappelle la position qu'a adoptée le juge de la constitutionnalité[2526]. Comme la constitutionnalité de la disposition législative a déjà été examinée[2527], le juge électoral peut statuer et appliquer l'article contesté. Ainsi, il procède à l'annulation de l'élection.

Ces décisions sèment le doute sur les décisions QPC et AN. Certes la décision AN a été rendue après[2528] la décision QPC, mais le Conseil constitutionnel manque de clarté. En ce sens, il aurait pu préciser, de façon explicite, que le juge électoral a sursis à statuer en attendant la décision du juge de la constitutionnalité. Le juge électoral aurait aussi pu opérer un renvoi, à l'instar de ceux des juridictions ordinaires dans le cadre de la procédure des QPC. Le désordre est d'autant plus perceptible que le Conseil constitutionnel n'a procédé de la sorte que pour une

[2523] Décision n° 2017-4999/5007/5078 AN du 16 novembre 2017, A.N., Val-d'Oise (1ère circ.), Mme Denise CORNET et autres, *Journal officiel* n°0269 du 18 novembre 2017 texte n° 73.
[2524] La requête portait sur la disposition du 12° du paragraphe II de l'article L.O. 132 du code électoral dans sa rédaction résultant de la loi organique n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs publiée au *Journal officiel* n°0092 du 19 avril 2011 p. 6826.
[2525] Décision n° 2011-628 DC du 12 avril 2011, Loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs, *Journal officiel* du 19 avril 2011, p. 6836, texte n° 4.
[2526] Dans la considérant 4 de la décision n° 2017-4999/5007/5078 AN du 16 novembre 2017 : « Par une décision de ce jour mentionnée ci-dessus, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il n'y avait pas lieu, faute de changement de circonstances, de statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité présentée par Mme MULLER-QUOY et M. ALEXEEF dirigée contre le 12° du paragraphe II de l'article L.O. 132 du code électoral ».
[2527] Décision n° 2011-628 DC du 12 avril 2011, Loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs, *Journal officiel* du 19 avril 2011, p. 6836, texte n° 4.
[2528] Bien que les décisions soient rendues le même jour, le juge électoral a explicitement visé et précisé le sort de la disposition législative contestée. Il s'est donc référé à la décision du juge de la constitutionnalité.

unique affaire. En effet, pour les autres requêtes électorales soulevant une QPC, une seule décision est rendue.

En tout état de cause, la multiplication des QPC au sein du contentieux électoral a des conséquences sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel mais aussi sur le contentieux des opérations électorales.

C. Les conséquences sur les opérations électorales

Les QPC jugées en matière électorale pourraient avoir des répercussions sur les opérations électorales. En effet, en censurant une disposition législative, le juge électoral pourrait par ricochet provoquer l'annulation de plusieurs élections.

Du principe d'égalité devant le suffrage, il résulte, depuis 1985, que la répartition des sièges entre les circonscriptions électorales doit tenir compte « des bases essentiellement démographiques »[2529]. Reprise dans de nombreuses décisions[2530], cette formulation devient le vecteur de l'égalité devant le suffrage pour les élections législatives[2531], et plus largement pour toutes les élections[2532]. Le Conseil constitutionnel retient le critère de la population : la répartition se fait selon le nombre d'habitants et non selon le nombre d'électeurs.

[2529] Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, *Journal officiel* du 8 août 1985, p. 9125.
[2530] Décision n° 86-208 DC du 2 juillet 1986, Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales, *Journal officiel* du 3 juillet 1986 ; Décision n° 87-227 DC du 7 juillet 1987, Loi modifiant l'organisation administrative et le régime électoral de la ville de Marseille, *Journal officiel* du 8 juillet 1987, p. 7456, cons. 5 ; Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *Journal officiel* du 1er février 1995, p. 1706, cons. 48.
Plus récemment : décision n° 2015-717 DC du 6 août 2015, Loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, *Journal officiel* n°0182 du 8 août 2015 p. 13777 texte n°3, cons. 5 ; ou encore dans la décision n° 2015-521/528 QPC du 19 février 2016, Commune d'Éguilles et autre [Répartition des sièges de conseillers communautaires entre les communes membres de la métropole d'Aix-Marseille-Provence], *Journal officiel* n°0044 du 21 février 2016, texte n° 24, cons. 8.
[2531] Décision n° 86-218 DC du 18 novembre 1986, Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, *Journal officiel* du 19 novembre 1986, p. 13769 : « l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques ».
[2532] Le Conseil d'État s'y réfère d'ailleurs dans son avis du 17 mai 2018 relatif au projet de loi organique et au projet de loi pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, n°s 394741-394742, points 6, 9 et 54.

En 2002[2533], puis en 2007[2534], plusieurs décisions, ont répondu à des requêtes fondées sur la violation du principe constitutionnel d'égalité devant le suffrage, eu égard à la répartition des sièges de députés entre les circonscriptions. Selon les requérants, le découpage ne reposait pas sur des bases démographiques.

Systématiquement, le juge électoral refusait de statuer en arguant du motif selon lequel il n'exerçait pas les compétences du juge de la constitutionnalité[2535]. Pourtant, depuis l'exercice de cette nouvelle compétence, le juge électoral pourrait annuler la totalité des élections législatives dès lors que la conformité de la loi sur le découpage électoral est contestée devant lui *a posteriori*. Dans ce contexte, la censure de la loi provoquerait une annulation de la totalité des élections législatives car elles auraient été organisées sur le fondement d'une loi inconstitutionnelle.

Toutefois, plusieurs considérations nuancent cette affirmation. D'abord les découpages électoraux sont rares. Sous la V^{ème} République, il n'y en a eu que trois : en 1958[2536], en 1986[2537] et en 2009[2538]. Ensuite, le découpage électoral est réalisé le plus souvent par le pouvoir réglementaire. En effet, « quand le gouvernement est contraint de procéder à une nouvelle délimitation des circonscriptions, il cherche à éviter le poids du Parlement »[2539]. Si un nouveau découpage est consacré par une loi, sa constitutionnalité est contrôlée avant la promulgation. Il

[2533] Décision n° 2002-2634/2701 AN du 24 octobre 2002, A.N., Var (2ème circ.), *Journal officiel* du 30 octobre 2002, p. 18028 ; Décision n° 2002-2671/2758 AN du 10 octobre 2002, A.N., Bouches-du-Rhône (8ème circ.), *Journal officiel* du 17 octobre 2002, p. 17241 ; Décision n° 2002-2625/2630/2678/2722 AN du 10 octobre 2002, A.N., Pas-de-Calais (14ème circ.), *Journal officiel* du 17 octobre 2002, p. 17238 ; Décision n° 2002-2637 et autres AN du 25 juillet 2002, A.N., Var et autres, *Journal officiel* du 4 août 2002, p. 13350 ; Décision n° 2002-2704/2740/2747 AN du 25 juillet 2002, A.N., Bouches-du-Rhône (10ème circ.), *Journal officiel* du 4 août 2002, p. 13355 ; Décision n° 2002-2621/2666/2700 AN du 25 juillet 2002, A.N., Var (6ème circ.), *Journal officiel* du 4 août 2002, p. 13346.

[2534] Décision n° 2007-3618/3749/3874 AN du 22 novembre 2007, A.N., Moselle (1ère circ.), *Journal officiel* du 28 novembre 2007, p. 19347, texte n° 80 ; Décision n° 2007-3819 et autres AN du 12 juillet 2007, A.N. (découpage électoral) (décision collective), *Journal officiel* du 19 juillet 2007, p. 12240, texte n° 176 ; Décision n° 2007-3451/3452/3535/3536 AN du 12 juillet 2007, A.N., Bouches-du-Rhône et autres, *Journal officiel* du 19 juillet 2007, p. 12229, texte n° 150 ; Décision n° 2007-3423 et autres AN du 28 juin 2007, A.N. (découpage électoral) (décision collective), *Journal officiel* du 3 juillet 2007, p. 11323, texte n° 32.

[2535] « Considérant que le Conseil constitutionnel ne peut être appelé à statuer sur la conformité d'une loi à la Constitution que dans les cas et suivant les modalités définis par son article 61 ; qu'il ne lui appartient donc pas, lorsqu'il se prononce en qualité de juge de l'élection en vertu de l'article 59 de la Constitution, d'apprécier la constitutionnalité d'une loi », conformément au considérant 3 de la décision n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988 ; voir aussi la décision n° 80-889 SEN du 02 décembre 1980, cons. 3.

[2536] Ordonnance n°58-945 du 13 octobre 1958 relative à l'élection des députés à l'Assemblée nationale, *Journal officiel* du 14 octobre 1958, p. 9358.

[2537] Loi n° 86-1197 du 24 novembre 1986 relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés publiée au *Journal officiel* du 25 novembre 1986 p. 14171.

[2538] Loi n° 2009-39 du 13 janvier 2009 relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés, *Journal officiel* n°0011 du 14 janvier 2009 p. 721.

[2539] T. Ehrhard, « Le découpage électoral des circonscriptions législatives : le parlement hors-jeu ? », *Pouvoirs*, n° 146, 2013, p. 119.

a en a été ainsi en 2009 bien qu'il ne s'agissait que d'une loi de ratification d'une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38[2540].

Enfin, le juge électoral pourrait limiter les effets de la censure en modulant ses décisions. Dans ses décisions DC et QPC, le juge de la constitutionnalité peut en effet décider d'une abrogation immédiate[2541] ou différée[2542] de la disposition déclarée contraire à la Constitution. Ainsi, il considère que « si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration »[2543]. De cette façon, si l'abrogation immédiate de la disposition a « des conséquences manifestement excessives »[2544], le juge de la constitutionnalité reporte l'abrogation. « Il est nécessaire pour le Conseil constitutionnel d'opérer une conciliation entre ces différents intérêts parfois contradictoires pour parvenir à une solution satisfaisante du point de vue du justiciable, comme des autres destinataires de la loi censurée »[2545].

Il serait alors probable que le juge électoral use également de cette faculté, d'autant que la jurisprudence administrative module parfois l'effet de ses décisions[2546], y compris en matière électorale[2547], bien que cette possibilité soit très encadrée[2548]. Dans cette circonstance, tout en

[2540] Décision n° 2010-602 DC du 18 février 2010, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, *Journal officiel* du 24 février 2010, p. 3385, texte n° 2.
[2541] Décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux], *Journal officiel* du 3 juillet 2010, p. 12120, texte n° 91.
[2542] Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, Consorts L. [Cristallisation des pensions], *Journal officiel* du 29 mai 2010, p. 9728, texte n° 67.
[2543] Décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants], *Journal officiel* du 26 mars 2011, p. 5404, texte n° 64, cons. 5 ; Pour une application plus récente, voir la décision n° 2017-688 QPC du 2 février 2018, M. Axel N. [Saisine d'office de l'agence française de lutte contre le dop. et réformation des sanctions disciplinaires prononcées par les fédérations sportives], cons. 13 ou encore la décision n° 2019-770 QPC du 29 mars 2019, M. Chamsoudine C. [Lecture donnée aux jurés par le président de la cour d'assises avant le vote sur l'application de la peine], *Journal officiel* n°0076 du 30 mars 2019, texte n° 87, cons. 11.
[2544] Décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet], *Journal officiel* du 7 octobre 2010, p. 18156, texte n° 53, cons. 7.
[2545] X. Magnon, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011, p. 761.
[2546] Depuis la célèbre jurisprudence du CE, 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886, Lebon p. 197.
[2547] TA de Rennes, 19 novembre 2009, *Syndicat CGT du personnel des résidences Maréva de Vannes*, n° 0801259. Sur l'annulation de la nomination de membres du Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat, voir l'arrêt rendu par le CE, 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, n° 287812.
[2548] A. Fort-Besnard, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation en matière électorale », *RFDA* 2013, p. 549 : « il faut que l'effet rétroactif de l'annulation soit de nature à emporter des conséquences

censurant une loi délimitant les circonscriptions législatives en ce que les bases démographiques ne seraient pas respectées, le juge électoral différerait certainement l'abrogation. En effet, les conséquences d'une abrogation immédiate apparaitraient démesurées puisque l'annulation des élections législatives imposerait d'en organiser de nouvelles.

Les QPC ont donc des conséquences sur les opérations électorales. De façon plus générale, le contrôle de constitutionnalité exercé par le juge électoral a une incidence sur l'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Conclusion du chapitre

Le juge électoral est un gardien du texte suprême. En ce sens, il veille avant la tenue du scrutin à la légalité et la constitutionnalité des actes préparatoires. Il s'agit donc d'éviter que des élections s'organisent conformément à des textes qui méconnaîtraient la Constitution. De la même façon, le corps électoral doit se prononcer en respectant des principes démocratiques constitutionnels. Dans le cas contraire, le juge a le pouvoir d'annuler des opérations électorales, voire de réformer les résultats d'une élection.

Les pouvoirs du juge électoral sont donc importants car il est le garant de l'expression du suffrage. Le contentieux électoral est en ce sens inhérent au fondement d'une société démocratique, c'est-à-dire une société dans laquelle les citoyens choisissent librement leurs représentants[2549]. Ainsi, en vérifiant que les élections se déroulent conformément au texte constitutionnel, le juge électoral protège la Constitution. Son rôle n'est pas différent de celui des juridictions ordinaires compétentes pour les autres élections. Toutefois, la similitude n'existe plus depuis que le juge électoral est aussi censeur des lois. À ce titre, « c'est la première fois en France qu'un juge ordinaire se déclare compétent, qui plus est en premier et dernier recours, pour contrôler la constitutionnalité de loi »[2550]. Ainsi le juge des élections est à la fois un juge ordinaire en ce qu'il veille simplement au respect du texte constitutionnel et un juge de la constitutionnalité en ce qu'il censure des lois méconnaissant les droits et libertés

manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets ».

[2549] D. Biroste, *Pluralité des juges et unicité du contentieux des scrutins politiques*, Thèse de droit, Université d'Aix-en-Provence, 2008, p. 14.

[2550] P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva et A. Roux *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit*. p. 936.

constitutionnels. Dans les deux cas, le résultat est identique : le juge électoral est un garant de la Constitution.

L'office du juge de la constitutionnalité est pourtant celui qui détenait le privilège de contrôler la conformité à la Constitution des textes législatifs. Aujourd'hui, le juge électoral est aussi investi de cette compétence. L'office du juge électoral interagit ainsi avec l'office du juge de la constitutionnalité, les deux sont désormais dépendants l'un de l'autre : leurs décisions s'entrecroisent dès lors qu'une QPC est soulevée.

Conclusion du titre

La confusion des offices du juge électoral et du juge de la constitutionnalité prouve l'attraction de l'un sur l'autre. En ce sens, le contentieux électoral et le contentieux de la constitutionnalité sont liés. Le juge de la constitutionnalité participe à l'application du droit électoral. Son concours est indispensable pour préserver notamment l'égalité de traitement des candidats ou encore pour empêcher l'adoption d'un texte référendaire méconnaissant la Constitution. Le contrôle du juge de la constitutionnalité est un gage de stabilité démocratique : les scrutins se déroulent de façon régulière tandis que les citoyens sont proportionnellement représentés, ce qui évite au juge électoral d'annuler globalement des élections. Le contrôle du juge de la constitutionnalité est l'antichambre du contentieux électoral. Pour autant, dans ses décisions DC et QPC, le juge de la constitutionnalité n'exerce pas les attributions du juge électoral. L'articulation de ces deux offices sur ce point est cohérente : la matière électorale les rassemble sans que l'un usurpe la compétence de l'autre. Leur jurisprudence respective se complète car le Conseil constitutionnel est sollicité à différents stades. Il est saisi, dans un premier temps en tant que juge de la constitutionnalité, pour contrôler la conformité à la Constitution de textes intéressant la matière électorale. Puis, il l'est à nouveau, dans un second temps, comme juge électoral, pour appliquer ces mêmes textes. Ainsi, les deux offices se croisent, sans se confondre, pour garantir une unité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Toutefois, le juge électoral veille lui aussi à la préservation du texte constitutionnel, et ce à deux égards. Il est, d'abord, contraint, dans certaines circonstances, d'annuler des actes précédant les scrutins ou les élections elles-mêmes, en ce que des dispositions constitutionnelles ne sont pas respectées. Il exerce, ensuite un contrôle de la constitutionnalité *a posteriori* des lois électorales. Ces dernières sont susceptibles d'être annulées si elles bafouent un droit ou une liberté constitutionnel.

Le juge de la constitutionnalité empiète donc sur la matière électorale et, de façon concomitante, le juge électoral exerce l'office du juge de la constitutionnalité. Ainsi, les offices du juge électoral et du juge de la constitutionnalité s'enchevêtrent. L'articulation de ces deux offices n'est donc pas étanche. Les deux offices ne s'exercent pas indépendamment l'un de l'autre. Au contraire, les décisions du juge électoral intéressent désormais le contentieux de la constitutionnalité puisqu'il est juge désormais de QPC.

Conclusion de la Partie

L'office de juge électoral et l'office consultatif sont largement placés dans l'orbitre de l'office du juge de la constitutionnalité. Si le Conseil constitutionnel défend l'étanchéité de ses offices et prétend cloisonner les compétences qu'il détient, c'est un leurre. En effet, le Conseil constitutionnel reste dans son rôle de garant de la Constitution. Ainsi, des contrôles de constitutionnalité sont réalisés alors qu'il n'est pas saisi pour en effectuer.

Le Conseil constitutionnel est une juridiction constitutionnelle relativement originale eu égard à la diversité de ses attributions. Il est à la fois un conseiller dénué de fonctions juridictionnelles et un juge électoral censé être un juge ordinaire. En effet, lorsque la Haute instance exerce son office consultatif, elle n'est pas une juridiction puisqu'elle n'émet que des avis ou des suggestions. Toutefois, le conseiller n'ignore pas les décisions du juge. Réciproquement, le juge n'est pas insensible à ce qu'a suggéré le conseiller. En d'autres termes, dans l'exercice de son office consultatif, le Conseil avise en effectuant un contrôle de constitutionnalité : soit pour prévenir d'une future inconstitutionnalité, soit parce que la Haute instance n'aura pas l'occasion de se prononcer sur le fondement des articles 61 et 61-1 de la Constitution. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité ne s'effectue pas uniquement dans ses décisions DC ou QPC. Bien au contraire, il est également perceptible dans les décisions du juge électoral, et ce même avant l'irruption du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

En opérant des contrôles de constitutionnalité dans le cadre d'autres offices, la légitimité de la Haute instance n'est pas contestée puisqu'elle agit en tant que protectrice des droits et libertés et du texte suprême. Les offices du Conseil constitutionnel ne se distinguent pas les uns des autres : ils se mêlent sous l'égide de l'office du juge de la constitutionnalité qui est au centre de toute l'activité du Conseil. Ainsi, cet office se déploie alors même que la Haute instance n'est pas saisie pour opérer des examens de constitutionnalité.

Cependant, comme les compétences exercées par le conseiller et le juge électoral sont très différentes de celles du juge de la constitutionnalité, ce dernier ne les a pas absorbées. Le juge de la constitutionnalité s'est immiscé dans les avis du conseiller et dans les décisions du juge électoral. En ce sens, l'office du juge de la constitutionnalité apparaît comme étant la fonction première et principale du Conseil constitutionnel.

Conclusion

Le Conseil constitutionnel articule ses offices d'une façon à avantager l'un d'eux. Rien d'étonnant à cela puisque la caractéristique essentielle des Cours constitutionnelles est de contrôler la constitutionnalité des lois. Toutefois, plus surprenants sont les motifs et les raisons qui ont joué en faveur de l'office du juge de la constitutionnalité en France. Le Conseil constitutionnel a utilisé cet office, certes pour assurer une protection de la Constitution, mais surtout pour s'imposer auprès des pouvoirs publics. Sa jurisprudence n'aurait pas connu une telle réception, par les autres juridictions notamment, si la seule préoccupation du Conseil constitutionnel avait été de contraindre le Parlement à respecter son champ d'action.

Pourtant, les auteurs de l'époque étaient plutôt circonspects quant à l'avenir de cette institution. Georges Burdeau estimait que le Conseil constitutionnel n'était pas « l'organe qui aurait, pour la première fois en France, assuré à tous, la garantie de la Constitution »[2551]. L'ensemble de la doctrine des années 1960 partageait l'opinion selon laquelle la Haute instance n'avait pas vocation à garantir l'État de droit. Maurice Duverger par exemple, admettait que le contrôle de constitutionnalité existait « dans l'intérêt des pouvoirs publics »[2552]. Cependant, aujourd'hui, l'office prépondérant est celui du juge de la constitutionnalité. Grâce à lui, le Conseil constitutionnel a conforté sa place au sein des institutions de la V^{ème} République.

Une évolution s'est amorcée à partir des années 1970. Si « l'implantation réussie »[2553] du Conseil constitutionnel a été progressive, deux évènements majeurs ont néanmoins bouleversé la donne : la décision du 16 juillet 1971[2554] et l'ouverture de la saisine aux parlementaires[2555]. Ces deux phénomènes ont provoqué une transformation du Conseil constitutionnel par le truchement d'un de ses offices, celui de juge de la constitutionalité.

La suprématie du Conseil constitutionnel, vis-à-vis des juridictions françaises, s'est imposée grâce à son rôle de gardien de la Constitution. Le refus des juges judiciaires et administratifs de contrôler la constitutionnalité des lois a permis de conforter une place à la

[2551] G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques (Licence 1ère année)*, Les cours de droit, 1966, p. 259.
[2552] M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9ème édition, Puf, 1966, p. 644.
[2553] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op.cit.*, p. 48.
[2554] 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, *Journal officiel* du 18 juillet 1971, p. 7114.
[2555] Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution, publiée au *Journal officiel* du 30 octobre 1974, p. 11035.

Haute instance. De la sorte, les juridictions ont accueilli favorablement la jurisprudence du Conseil constitutionnel car il est le juge de la constitutionnalité des lois[2556]. Certes, les juges ne disposent pas forcément d'une marge de manœuvre[2557] : si la loi est déclarée conforme, elles n'ont qu'à l'appliquer alors que dans le cas contraire, elles n'ont qu'à l'écarter. Toutefois, ils auraient pu paralyser une partie de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en refusant de respecter les réserves d'interprétation qu'il a formulées. À cet égard, d'aucuns admettent que le Conseil constitutionnel participe « à l'exercice de la fonction législative »[2558]. Ces dernières sont effectivement considérées comme indispensables à l'application de la loi[2559] et leur autorité paraît « aussi tomber dans le giron de l'autorité de "chose jugée" »[2560]. La résistance des juridictions aurait alors fragilisé l'institution. Or, elles ont respecté la jurisprudence du Conseil constitutionnel car il est l'unique censeur des lois. De cette façon, il a été érigé au rang de garant du texte suprême et a su profiter de la notoriété de cet office pour renforcer la supérioté de l'institution toute entière.

Le législateur s'est également assujetti aux décisions du juge de la constitutionnalité. Il a rapidement compris qu'il ne pouvait « réintroduire des dispositions législatives censurées par le Conseil constitutionnel sans risquer de les voir de nouveau déclarées inconstitutionnelles »[2561]. Les institutions de la V^{ème} République ont suivi la jurisprudence de la Haute instance en vertu de son rôle de protecteur du texte suprême. Fort de cette autorité et de cette légitimité résultant d'un office, le Conseil constitutionnel l'a utilisé à son profit même dans les cas où il n'était pas appelé à se prononcer en tant que juge de la constitutionnalité.

L'office du juge de la constitutionnalité a façonné l'avenir et l'activité de l'institution toute entière. Pourtant, l'office du juge de la répartition des compétences normatives était la raison d'être du Conseil constitutionnel. La Haute instance devait être le bras armé du Gouvernement contre un Parlement autrefois incontrôlable. Finalement, l'office du juge de la

---

[2556] Par exemple, dans un arrêt récent, le Conseil d'État examine l'application d'une décision QPC assortie de réserves d'interprétation. La juridiction administrative précise à cet égard que « pour appliquer la décision du Conseil constitutionnel, le Conseil supérieur de l'audiovisuel » a procédé d'une certaine façon. Ce faisant, « le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'a en rien méconnu la portée de la décision du Conseil constitutionnel ».
CE, 7 juin 2017, *Régions et Peuples solidaires*, n° 411177.

[2557] T. Renoux, « Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution ? À propos de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel » *in Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 841.

[2558] M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 131.

[2559] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 81.

[2560] M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 39.

[2561] S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2017, p. 86.

constitutionnalité a concouru à l'effacement du juge de la répartition des compétences normatives.

Le succès de l'office du juge de la constitutionnalité n'a pas uniquement coïncidé avec l'extension du domaine de la loi. En réalité, cet office en est à l'origine à deux égards. D'abord, le juge de la constitutionnalité a interprété la Constitution d'une façon à favoriser le domaine dévolu au législateur. Si le juge de la répartition des compétences normatives s'en était chargé, la légitimité du Conseil constitutionnel aurait pu en être affectée, d'autant que le Premier ministre se serait abstenu de le saisir. Or, en utilisant son office de gardien de la Constitution pour élargir le domaine de la loi, le Conseil se dissimule derrière un office lui octroyant une autorité incontestable. Ainsi, au prétexte d'une méconnaissance du texte constitutionnel, le Conseil constitutionnel censure le législateur qui serait resté en-deçà de sa compétence. Le Conseil exploite l'un de ses offices pour élargir le champ d'action du législateur. Le juge de la constitutionnalité protège le domaine de la loi et empiète sur les compétences résultant d'un autre office. Ce faisant, le juge de la répartition des compétences normatives s'étiole progressivement.

L'affaiblissement du juge de la répartition des compétences normatives est, en outre, percetible s'agissant de la procédure FNR. Le Conseil constitutionnel n'est, en effet, pas saisi sur le fondement des articles 39, alinéa 4 et 41 de la Constitution. Toutefois, cela est notamment imputable au juge de la constitutionnalité. D'une part, il a exercé des attributions qui n'étaient pas les siennes. D'autre part, il a adopté des jurisprudences altérant la portée de cette procédure. Concernant la procédure de la délégalisation, un constat identique est à relever. Bien que le Premier ministre continue de le saisir en vertu de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution, les décisions ne sont pas pléthoriques. Le répertoire des décisions compte environ 270 décisions L[2562] depuis 1958. Pourtant, il est difficile d'admettre que le législateur respecte le champ de compétences qui lui a été assigné. Ces décisions ne suffisent évidemment pas à enrayer l'empiètement du pouvoir législatif sur le domaine réglementaire. D'ailleurs, depuis la décision *Blocage des prix et revenus*[2563], censée inciter le Premier ministre à utiliser la procédure de la délégalisation, le nombre de décision L n'a pas bondi[2564]. La distinction des domaines de la loi et du règlement a donc peu à peu été abandonnée[2565]. Le juge de la constitutionnalité y a également contribué en ne respectant pas systématiquement les

[2562] Elles sont au nombre de 277 sur le site du Conseil constitutionnel.
[2563] Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.
[2564] Le chiffre oscille entre une (en 1959) et dix (en 2015) décisions L rendues par an.
[2565] G. Hispalis, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n°114, 2005, p. 108.

décisions L. Ainsi, la perte d'activité du juge de la répartition des compétences normatives est, en partie, dûe au juge de la constitutionnalité. Les armes dont disposait le Gouvernement, soit principalement les articles 37, alinéa 2 et 41 de la Constitution, ne sont plus exploitées. « Les épées sont restées dans leur fourreau, et le gouvernement a peu utilisé ces procédures »[2566].

Le Conseil constitutionnel a compris que le respect rigoureux de la Constitution, et plus particulièrement celui de la répartition entre les domaines de la loi et du règlement, le mènerait à sa perte. Rappelons que le Conseil constitutionnel est l'unique juge pouvant contrôler les actes du Parlement avant leur entrée en vigueur. Il aurait donc été la victime collatérale d'un législateur opprimé. Un Parlement bâillonné, c'est par ricochet une saisine épisodique du Conseil constitutionnel. Au contraire, une protection du Parlement[2567], voire une extension de son champ d'action, l'encourage à légiférer. Logiquement, plus le nombre de lois est important, plus la probabilité de saisir le juge de la constitutionnalité s'accroît. Le juge de la constitutionnalité a volontairement développé son activité en optant pour une interprétation favorable au législateur. À cela s'est également ajoutée la révision constitutionnelle de 1974[2568] qui a permis à soixante députés ou soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution. Ces deux phénomènes ont accru le nombre de saisine de la Haute instance. Pour preuve, de 1959[2569] au 16 juillet 1971[2570], seules huit décisions DC ont été rendues par le juge de la constitutionnalité pour contrôler la conformité des lois ordinaires à la Constitution. Alors qu'à partir de cette date jusqu'en 1983[2571], le nombre passe à 77. Mais c'est l'année 1976 qui a constitué un véritable tournant puisque la saisine du Conseil sur le fondement de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution a doublé par rapport à l'année précédente[2572]. Puis, de 1983 à 1995[2573], ce sont 146 décisions qui sont recensées. Le Conseil constitutionnel a d'autant plus été sollicité que le législateur n'encourrait

[2566] B. Mathieu, « La part de la loi et du règlement - De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs*, n°114, 2005, p. 77.
[2567] O. Bonnefoy, *Les relations entre Parlement et Conseil Constitutionnel : les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur l'activité normative du Parlement*, Thèse de droit, Bordeaux, 2015, p. 44.
[2568] Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution, publiée au *Journal officiel* du 30 octobre 1974, p. 11035.
[2569] Date de l'instauration du Conseil constitutionnel. La première décision rendue par la Haute instance est relative au contentieux électoral : décision n° 58-110/128 AN du 23 avril 1959, A.N., Guadeloupe (2ème circ.), *Journal officiel* du 29 avril 1959, p. 4683.
[2570] Cette date a été sélectionnée en référence à la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 qui octroie une valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution de 1958 et étend significativement le domaine de la loi.
[2571] Douze années se sont écoulées entre 1971 et 1983, ce qui correspond également au même nombre d'années entre 1959 et 1971. En 1983, la date sélectionnée est le 16 juillet.
[2572] 16 décisions DC relatives aux lois ordinaires sont recensées. Alors qu'en 1975, elles n'étaient qu'au nombre de 7.
[2573] La période retenue est du 16 juillet 1983 au 16 juillet 1995.

plus de censure sur le fondement de l'article 61 de la Constitution s'il débordait de son domaine de compétences[2574].

A contrario, une interprétation restrictive du domaine de la loi aurait favorisé une saisine du juge de la répartition des compétences normatives. Toutefois, les saisines n'auraient sans doute pas été aussi nombreuses que celle du juge de la constitutionnalité. Si le Conseil constitutionnel avait maintenu sa jurisprudence originelle consistant à sanctionner le Parlement pour ses empiètements dans le domaine réglementaire, la Haute instance aurait été peu saisie. Le Parlement se serait abstenu de légiférer au risque d'encourir une censure, les lois auraient été plus concises. Le travail législatif aurait perdu de son intérêt si le Gouvernement avait été autorisé, dans la plupart des cas, à modifier des dispositions législatives en vertu de l'article 37 de la Constitution. À terme, l'activité du Conseil constitutionnel aurait subi les conséquences d'une jurisprudence défavorable au Parlement. Un Parlement qui légifère moins, c'est un Conseil constitutionnel dont l'activité est réduite. En étendant le domaine de la loi ou en fragilisant le juge de la répartition des compétences normatives, le juge de la constitutionnalité exerce des compétences qu'il ne détient pas. Néanmoins, il accroît ses perspectives de saisine sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel, dans son office de juge de la constitutionnalité, a donc lui-même contribué à la densité de son activité.

Pour les autres offices, le constat est de nature différente. Si les décisions du juge de la constitutionnalité ont eu des conséquences sur l'office du juge de la répartition des compétences normatives, le juge électoral a connu un autre destin. L'office de juge de la constitutionnalité s'est introduit dans les décisions du juge électoral. Cette immixtion récente permet au Conseil constitutionnel d'asseoir sa prééminence. D'ailleurs, cela le distingue des autres juridictions compétentes en matière électorale.

L'office de juge électoral est une mission essentielle du Conseil constitutionnel. « La régularité et la sincérité des élections politiques sont une des conditions du maintien de la croyance en vertu du processus de désignation des représentants du peuple et, en conséquence, de l'élection comme fondement démocratique de la légitimité »[2575]. Le contentieux électoral se différencie des autres car le Conseil « suit une procédure fondée sur un règlement écrit, il entend les prétentions opposées de parties au cours de ce qui s'apparente à un véritable procès constitutionnel, il procède à un contrôle de conventionnalité des lois, etc »[2576]. Ses compétences

[2574] Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.
[2575] D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, 2ème édition, Montchrestien, 1996, p. 118.
[2576] F. Mélin-Soucramanien, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, n°105, 2003, p. 130.

en la matière sont relatives aux scrutins nationaux : les référendums, les élections parlementaires et les élections présidentielles.

En 1958, les constituants souhaitaient, avant tout, anéantir l'hégémonie parlementaire. De la sorte, ils ont choisi de confier le contrôle des élections législatives et sénatoriales au Conseil constitutionnel. Une garantie capitale de l'indépendance des chambres leur a été arrachée. Pour autant, les compétences de la Haute instance ne sont pas en tous points identiques à celles qui appartenaient aux assemblées. Le Conseil ne vérifie pas chaque élection mais statue uniquement sur les réclamations relatives à l'organisation du scrutin[2577]. Étonnamment, loin d'affaiblir les parlementaires, le contrôle de leur élection par une juridiction indépendante les a rendus plus légitimes. Dans l'hypothèse d'une contestation, leur élection est juridiquement approuvée par un juge détenant de nombreuses prérogatives telles que le recomptage des voix[2578] ou encore la réformation des résultats[2579]. En revanche, en cas d'irrégularités avérées, le Conseil n'hésite pas à annuler les élections des parlementaires[2580]. Le discrédit n'est donc pas jeté sur l'élection des chambres, bien au contraire le contrôle du Conseil rend la victoire incontestable. Eu égard à cette attribution, les pères fondateurs ont jugé utile d'harmoniser le contentieux électoral en confiant au Conseil le contrôle des autres opérations électorales relatives au référendum et à l'élection présidentielle.

La matière électorale n'est cependant pas étrangère au contentieux de la constitutionnalité. Là encore, la Haute instance intervient à plusieurs stades dans le cadre du renouvellement des représentants. En premier lieu, en tant que juge de la constitutionnalité, le Conseil vérifie *a priori* la conformité à la Constitution des lois électorales. Le juge de la constitutionnalité participe au processus électoral : il veille préventivement à préserver la sincérité des scrutins à travers le contrôle des dispositions législatives. Sur ce point, le juge de la constitutionnalité n'empiète pas sur les compétences du juge électoral mais contribue plutôt à assainir le contentieux électoral. À titre d'illustration, il a eu à connaître des règles relatives à

[2577] Article 59 de la Constitution : « Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs ».
[2578] J.-P. Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, *op. cit.*, p. 163.
[2579] Le Conseil constitutionnel détient cette compétence en vertu de l'article 41 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel publiée au *Journal officiel* du 9 novembre 1958, p. 10129 : « Lorsqu'il fait droit à une requête, le Conseil peut, selon les cas, annuler l'élection contestée ou réformer la proclamation faite par la commission de recensement et proclamer le candidat qui a été régulièrement élu ».
Il a usé de cette prérogative pour la première fois sous la V[ème] République à l'occasion de la décision n° 2014-4902 SEN du 12 février 2015, Vaucluse, *Journal officiel* n°0038 du 14 février 2015, p. 2883, texte n° 66.
[2580] Par exemple, comme ce fût le cas dans la quatrième circonscription du Loiret, décision n° 2017-5092 AN du 18 décembre 2017, A.N., Loiret (4[ème] circ.), Mme Mélusine HARLÉ, *Journal officiel* n°0295 du 19 décembre 2017, texte n° 86.

la répartition du temps de parole des candidats ou encore à la délimitation des circonscriptions électorales. Ainsi, les règles démocratiques sur lesquelles seront fondées les élections sont préalablement validées par le juge de la constitutionnalité. L'interprétation d'une loi consacrée dans une décision DC devra être respectée par le juge électoral. En second lieu, la Haute instance intervient également en tant que juge électoral. Elle contrôle par exemple la régularité d'une opération électorale et sera, dans cette hypothèse, amenée à appliquer ces lois contrôlées préalablement par le juge de la constitutionnalité. Il lui incombera de suivre ses éventuelles réserves d'interprétation. De la sorte, les deux offices collaborent. L'office du juge de la constitutionnalité et l'office du juge électoral concourent, ensemble, à la vitalité de la démocratie représentative.

Pour autant, l'office de juge électoral ne se contente pas simplement de statuer sur les élections. Le juge électoral participe à la protection du texte suprême. Si un acte préliminaire à une élection méconnaît le texte constitutionnel, le juge électoral est susceptible de l'annuler. De la même façon, après les élections, le juge n'hésite pas à invalider des élections dès lors qu'elles sont contraires aux principes constitutionnels démocratiques. Dans l'hypothèse où l'égalité du suffrage ou la sincérité du scrutin n'a pas été respectée, les résultats de certains bureaux de vote pourront être censurés. Le juge électoral est lui aussi garant de la Constitution mais, de ce point de vue, son activité ne diffère pas de celle des juridictions ordinaires[2581]. En revanche, le Conseil constitutionnel, juge électoral, se distingue de ces dernières en permettant aux requérants de soulever, devant lui, une question prioritaire de constitutionnalité. À cet égard, le contrôle de conformité à la Constitution n'est pas renvoyé au juge de la constitutionnalité mais est examiné au sein de la décision électorale. De la sorte, le juge électoral s'érige en juge de la constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a saisi une opportunité supplémentaire pour renforcer son rôle de gardien de la Constitution. Le juge de la constitutionnalité n'apparaît donc pas uniquement dans les décisions DC ou QPC. Les décisions du juge électoral, en ce qu'il exerce l'office de juge de la constitutionnalité, font désormais partie intégrante de la jurisprudence du juge de la constitutionnalité. Une disposition législative, dont la constitutionnalité a été examinée à l'occasion du contentieux électoral, ne sera plus contrôlée sauf en cas de changement de circonstances. Les décisions du juge électoral intéressent donc désormais les juridictions administratives et judiciaires. Ce faisant, il n'est plus un simple juge

[2581] Ch.-E. Sénac, *L'office du juge constitutionnel, Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, *op. cit.*, 613p.

électoral chargé « de faire disparaître le scandale des validations partisanes »[2582] ni celui devant sanctionner uniquement les irrégularités ou les manœuvres électorales frauduleuses. Il est un juge électoral statuant sur des QPC. L'office du juge de la constitutionnalité devient l'épicentre de toute l'institution.

L'articulation des offices du Conseil constitutionnel n'est pas étanche, contrairement aux souhaits des constituants et à la volonté affichée de la Haute instance. Les offices juridictionnels ont tous éprouvé ou subi une influence du juge de la constitutionnalité ou de sa jurisprudence. L'office consultatif n'y a pas non plus échappé, à ceci près que la fonction consultative du Conseil constitutionnel vient renforcer, de façon générale, tous les offices juridictionnels mais particulièrement celui du juge de la constitutionnalité. Dans les avis rendus par la Haute instance, des avertissements sont parfois dissimulés. La fonction consultative annonce les futures décisions des offices juridictionnels. Il n'existe donc pas une distinction aussi manichéenne que celle du Conseil d'État entre la fonction consultative et la fonction juridictionnelle. Au contraire, l'office consultatif est un rouage essentiel de l'activité juridictionnelle exercée dans le cadre des offices juridictionnels.

La fonction consultative qu'exerce le Conseil constitutionnel a initialement été conçue pour servir le pouvoir exécutif, le Chef de l'Etat et le Gouvernement. Le Président de la République[2583] sollicite le Conseil au moment de l'application de l'article 16 de la Constitution. De plus, avant l'adoption de chaque mesure présidentielle, la Haute instance est consultée. À cette occasion, le conseiller laisse place au juge de la constitutionnalité : des examens de constitutionnalité sont perceptibles. Cela n'est pas surprenant mais plutôt caractéristique des Cours constitutionnelles dotées de compétences consultatives. Leurs avis contiennent le plus souvent des examens de constitutionnalité. En ce sens, ce ne sont pas de simples consultations car ces avis sont pourvus d'effets juridiques.

Les recommandations du Conseil constitutionnel ne sont pas non plus uniquement consultatives lorsque le Gouvernement le saisit pour avis. Il est consulté sur les projets d'actes réglementaires pour l'organisation d'un référendum ou la préparation de l'élection présidentielle[2584]. Là encore, le juge électoral et le juge de la constitutionnalité font leur

[2582] Discours de Michel Debré devant le Conseil d'État, le 27 août 1958, *in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume III, *op. cit.*, p. 260.
[2583] Dans le cadre de l'article 16 de la Constitution, le Président de la République doit consulter le Conseil constitutionnel afin qu'il détermine si les conditions d'application dudit article sont réunies.
[2584] Le Gouvernement le saisit des actes préparatoires à l'élection présidentielle (en vertu du III de l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel publiée au *Journal officiel* du 7 novembre 1962, p. 10762) ou à un référendum (conformément à l'article 46 de

apparition. En plus, le Conseil a le pouvoir d'imposer ses avis : il pourra être saisi, par la suite, de contestations relatives aux actes préparatoires comme juge électoral. En somme, la Haute instance est consultée sur des projets d'actes réglementaires dont elle est susceptible de connaître en tant que juge. Certes, son voisin du Palais Royal est, lui aussi, historiquement investi de compétences consultatives et juridictionnelles. Toutefois, les membres du Conseil constitutionnel ne sont divisés ni en section ni en chambre, contrairement à la juridiction administrative suprême. À plusieurs titres, l'office consultatif profite de la fonction juridictionnelle du Conseil constitutionnel. Le Conseil a compris que ses compétences consultatives étaient au service de ses intérêts. Il s'est donc engouffré dans cette brèche et a élargi son rôle de conseiller. Il a décidé de formuler des observations à l'issue des scrutins nationaux alors même qu'aucune autorité ne lui en avait fait la demande et qu'aucun texte ne lui attribuait une telle compétence. Ajoutons qu'à cette occasion, il publie ses conseils alors que la plupart des autres doivent rester secrets[2585]. Ses recommandations s'adressent à l'ensemble des pouvoirs publics et plus particulièrement au législateur. En alertant sur les pratiques en matière électorale, le conseiller divulgue la position du juge électoral. Il avise des prochaines décisions juridictionnelles. De plus, il met en exergue les cas d'inconstitutionnalité et encourage ainsi, le pouvoir législatif à intervenir. Le conseiller précise donc la future jurisprudence des offices juridictionnels du Conseil constitutionnel.

Les offices sont poreux, aucun d'eux n'est cloisonné. Un office en particulier exerce une influence sur les autres. Le juge de la constitutionnalité empiète sur les compétences du juge de la répartition des compétences normatives et s'immisce dans l'office du juge électoral. Le conseiller, quant à lui, préfigure des décisions du juge de la constitutionnalité. Si les offices du Conseil constitutionnel vivent en « harmonie »[2586], c'est sous l'égide d'un office. Le point d'ancrage de cette coexistence est l'office du juge de la constitutionnalité, c'est lui qui unifie tous les autres et, *in fine*, assure l'autorité et la légitimité du Conseil constitutionnel.

l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, publiée au *Journal officiel* du 9 novembre 1958, p. 10129).

[2585] Une seule catégorie d'avis doit être publiée, ceux qui concernent l'opportunité d'appliquer l'article 16 de la Constitution.

[2586] Voir en ce sens : M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », *in Mélanges en l'honneur de Jean Foyer*, *op. cit.*, p. 466.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

-ALLAND D. et RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, 5ème édition, Puf, 2014, 1649p.

-ANCEL F., *Les incompatibilités parlementaires sous la Vème République*, Puf, 1975, 136p.

-AVRIL P., GICQUEL J. et GICQUEL J.-E., *Droit parlementaire*, 5ème édition, LGDJ, 2014, 398p.

-AVRIL P., GICQUEL J., *Le Conseil constitutionnel*, 6ème édition, Montchrestien-Lextenso édition, 2011, 160p.

-AVRIL P., *Les conventions de la Constitution*, Puf, 1997, 202p.

-BABOT A., BOUCAUD-MAÎTRE et DELAIGUE P., *Dictionnaire d'histoire du droit et des institutions publiques*, Ellipses, 2002, 430p.

-BASDEVANT-GAUDEMET B. et GAUDEMET J., *Introduction historique au droit XIIIème – XXème siècle*, 4ème édition, LGDJ, 2016, 448p.

-BLACHÈR P., *Le Parlement en France*, Paris, LGDJ, 2012, 205p.

-BLACHÈR P., GICQUEL J.-E. et JAN P., *Droits et libertés constitutionnels*, Hachette, 2012, 155p.

-BLUMANN C., DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6ème édition, Lexisnexis, 2016, 922p.

-BOUDON J., *Manuel de droit constitutionnel, Théorie générale – Histoire Régimes étrangers*, Tome 1, Puf, 2015, 310p.

-BOUDON J., *Manuel de droit constitutionnel- La Vème République*, Tome 2, 2ème édition, Puf, 2016, 297p.

-BRANAA J.-E., *La Constitution américaine et les institutions*, 2ème édition, Ellipses, 2006, 176p.

-BROYELLE C., *Contentieux administratif*, 6ème édition, LGDJ, 2018, 514p.

-BRUN H. et TREMBLAY G., *Droit constitutionnel*, 4ème édition, Éditons Yvon Blais, 2002, 1425p.

-BURDEAU G., *Droit constitutionnel et institutions politiques (Licence 1ère année)*, Les cours de droit, 1966,

-CASTALDO A. et MAUSEN Y., *Introduction historique au droit*, 4ème édition, Dalloz, 2013, 785p.

-CASTALDO A., TIMBAL P.-C. et MAUSEN Y., *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 12ème édition, Dalloz, 2004, 673p.

-CAMBY J.-P., *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, 7ème édition, Dalloz, 2017, 333p.

-CAMBY J.-P., *La procédure législative en France*, La documentation française, 2010, 80p.

-CAMBY J.-P. et SERVENT P., *Le travail parlementaire sous la cinquième République*, 6ème édition, Montchrestien, 2011, 158p.

-CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, 2ème édition, Puf, 2004, 415p.

-CARCASSONNE G. et GUILLAUME M., *La Constitution*, 14ème édition, Seuil, 2017, 487p.

-CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Dalloz, 2004, 1525p.

-CAYLA O. et RENOUX-ZAGAMÉ M.-F. (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, LGDJ, 2001, 239p.

-CHAGNOLLAUD de SABOURET D., *Droit constitutionnel contemporain – Théorie générale – Les régimes étrangers – Histoire*, 9ème édition, Dalloz, 2017, 698p.

-CHALTIEL-TERRAL F., *Le Conseil d'État, acteur et censeur de l'action publique*, LGDJ, 2017, 291p.

-CHAPUS R., *Droit administratif général*, 15ème édition, Tome 1, Paris, Montchrestien, 2001, 1427p.

-CHAPUS R., *Droit constitutionnel et Institutions politiques (Licence 1ère année)*, Les cours de droit, 1970, 782p.

-COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VÈME RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volumes I et II, La documentation Française, 1987.

-COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VÈME RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume III, La documentation française, 1991.

-COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA VÈME RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Volume IV, La documentation française, 2001.

-CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12ème édition, Puf, 2017, 1103p.

-DELPÉRÉE F., *Le contentieux électoral*, Puf, 1998, 127p.

-DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, 4ème édition, Puf, 2016, 792p.

-DUBOUT E. et NABLI B., *Droit français de l'intégration européenne*, LGDJ, 2015, 194p.

-DUFRESNOY P., *Guide du contentieux électoral*, Berger-Levraultd, 1991, 473p.

-DUHAMEL O. et TUSSEAU G., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4ème édition, Seuil, 2016, 1042p.

-DUVERGER M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11ème édition, Puf, 1970, 872p.

-DUVERGER M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9ème édition, Puf, 1966, 791p.

-FALLON R. H., MANNING J. F., MELTZER D. J. et SHAPIRO D. L., *Hart and Wechsler's The federal courts and the federal system*, 6ème édition, New York, Foundation Press, 2009, 1514p.

-FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.-L., PFERSMANN O., ROUX A. et SCOFFINI G., *Droit constitutionnel*, 21ème édition, Dalloz, 2019, 1136p.

-FAVOREU L. et MASTOR W., *Les cours constitutionnelles*, 2ème édition, Dalloz, 2016, 169p.

-FAVOREU L., *Droit des libertés fondamentales*, 7ème édition, Dalloz, 2015, 774p.

-FAVOREU L. et RENOUX T., *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Dalloz, 1992, 206p.

-FAVOREU L. (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982, 540p.

-FAVOREU L. (dir.), *Nationalisations et Constitution*, Economica, 1982, 388p.

-FAVOREU L. et PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, 442p.

-FRIER P.-L. et PETIT J., *Droit administratif*, 12ème édition, LGDJ, 2018, 733p.

-FROMONT M., *La justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013, 509p.

-ELLINGWOOD A. R., *Departmental cooperation in the state government*, New York, The Macmillan Company, 1918, 300p.

-GAÏA P., GHÉVONTIAN R., MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., OLIVA É., ROUX A., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19ème édition, Dalloz, 2018, 1025p.

-(de) GAULLE Ch., *Lettres, notes et carnets, juillet 1966 – avril 1969*, Plon, 1987, Vol. 11, 385p.

-GICQUEL J.-E. et GICQUEL J, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 32ème édition, LGDJ, 2018, 931p.

-GICQUEL J. et AVRIL P., *Lexique de droit constitutionnel*, Puf, 2013, 127p.

-GREWE C. et RUIZ FABRI H., *Droits constitutionnels européens*, Puf, 1995, 661p.

-HAMON F. et TROPER M., *Droit constitutionnel*, 39ème édition, LGDJ, 2018, 898p.

-HAMON F., *Le Référendum - Étude comparative*, 2ème édition, LGDJ, 2012, 229p.

-HAMON F. et WIENER C., *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, LGDJ, 2011, 204p.

-HAMON F., *L'article 16 de la Constitution de 1958*, La documentation française, 1994, 35p.

-HAMON L., *Les juges de la loi, Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Fayard, 1987, 300p.

-HAQUET A., *La loi et le règlement*, LGDJ, 2007, 204p.

-HAROUEL J.-L., BARBEY J., BOURNAZEL E. et THIBAULT-PAYEN J., *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, 11ème édition, Puf, 2007, 646p.

-HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1921, 942p.

-HILAIRE J., *Histoire du droit*, Dalloz, 2017, 216p.

-JAN P., *Les assemblées parlementaires françaises*, La documentation française, 2010, 226p.

-JAN P., *Droit de suffrage et modes de scrutin*, Documents d'études n°1.05, La documentation française, 2008, 55p.

-LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome 2, LGDJ, 1989, 675p.

-LE DIVELLEC A. et de VILLIERS M., *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 11ème édition, Dalloz, 2017, 407p.

-LE MIRE P., *La loi et le règlement : articles 34, 37 et 38 de la Constitution de 1958*, Documents d'études n°1.08, La documentation Française, 1994, 43p.

-LE POURHIET A.-M., *Les ordonnances, la confusion des pouvoirs en droit public*, LGDJ, 2011, 176p.

-LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVÉ P. et GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21ème édition, Dalloz, 2017, 1018p.

-LOVISI C., *Introduction historique au droit*, 5ème édition, Dalloz, 2016, 393p.

-MALIGNER B., *Droit électoral*, Ellipses, 2007, 1071p.

-MASCLET J.-C., *Le droit des élections politiques*, Puf, 1992, 126p.

-MATHIEU B., MACHELON J.-P., MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., PHILIPPE X. et ROUSSEAU D. (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014, 598p.

-MATHIEU B., *La loi*, 3ème édition, Dalloz, 2010, 138p.

-MATHIEU B. et VERPEAUX M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, 791p.

-MAUS D., FAVOREU L. et PARODI J.-L. (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992, 852p.

-MÉLIN-SOUCRAMANIEN F. et PACTET P., *Droit constitutionnel*, 36ème édition, Dalloz, 2018, 707p.

-MORABITO M., *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, 15ème édition, Montchrestien, 2018, 564p.

-NOËL L., *De Gaulle et les débuts de la Vème République, 1958-1965*, Plon, 1976, 310p.

-PERSAUD R., *The role of judicial advisory opinions in Canadian constitutionalism and federalism: the senate, patriation and Quebec veto reference cases considered*, Queen's University Kingston, 1998, 350p.

-PIERRE E., *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, Tome 1, Loysel, 1989, 1439p.

-PINON S., *Les systèmes constitutionnels dans l'Union européenne*, Larcier, 2015, 446p.

-PORTELLI H., *Droit constitutionnel*, 12ème édition, Dalloz, 2017, 500p.

-PRÉLOT M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 2ème édition, Dalloz, 1961, 856p.

-RAMBAUD R., *Le droit des campagnes électorales*, LGDJ, 2016, 186p.

-REVET T., *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, 203p.

-RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 2010, 1464p.

-ROCHER F. et PELLETIER B., *Le nouvel ordre constitutionnel canadien*, Presses de l'Université du Québec, 2013, 352p.

-ROUSSEAU D., GAHDOUN P.-Y., BONNET J., *Droit du contentieux constitutionnel*, 11ème édition, LGDJ, 2016, 870p.

-ROUSSEAU D., *La justice constitutionnelle en Europe*, 2ème édition, Montchrestien, 1996, 158p.

-ROUSSILLON H., *Le Conseil constitutionnel*, 8ème édition, Dalloz, 2015, 220p.

-ROYER J.-P., DERASSE N., ALLINNE J.-P., DURAND B. et JEAN J.-P., *Histoire de la justice en France du XVIIIème siècle à nos jours*, 5ème édition, Puf, 2016, 1290p.

-SAINT-BONNET F. et SASSIER Y., *Histoire des institutions avant 1789*, 5ème édition, LGDJ, 2015, 495p.

-SAINT-BONNET F., *L'État d'exception*, Puf, 2001, 393p.

-TOUVET L. et DOUBLET Y.-M., *Droit des élections*, 2ème édition, Economica, 2014, 658p.

-TUNC A. et TUNC S., *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, Tome 1, Montchrestien, 1954, 506p.

-TÜRK P., *Le contrôle parlementaire en France*, LGDJ, 2011, 256p.

-VERPEAUX M., de MONTALIVET P., ROBLOT-TROIZIER A. et VIDAL-NAQUET A., *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, Puf, 2ème édition, 2017, 686p.

-VERPEAUX M., *Contentieux constitutionnel*, Dalloz, 2016, 202p.

-VERPEAUX M., et MATHIEU B. (dir.), *Transparence et vie publique*, Dalloz, 2015, 142p.

-VERPEAUX M., *Le Conseil constitutionnel*, 2ème édition, La documentation française, 2014, 222p.

-WALINE J., *Droit administratif*, 27ème édition, Dalloz, 2018, 835p.

-WITZ C., *Le droit allemand*, 3ème édition, Dalloz, 2018, p. 47, 209p.

-WRIGHT C. A. et KANE M. K., *Law of federal courts*, 7ème 2dition, West, 2011, 965p.

-ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, 922p.

-ZOLLER E., *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Puf, 2000, 1328p.

Thèses

-AVRIL P., *Le régime politique de la V*^{ème} *République*, LGDJ, 1979, 479p.

-AZOUAOU P., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Mare & Martin, 2015, 732p.

-BAQUET-BRÉHANT V., *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, 2005, 404p.

-BAUFUMÉ B., *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, LGDJ, 1993, 618p.

-(de) BAYNAST de SEPTFONTAINES G., *L'inflation législative et les articles 34 et 37 de la Constitution*, Thèse de droit, Université Paris II, 1997, 386p.

-BEAUD O., *La puissance de l'État*, Puf, 1994, 512p.

-BÉGUIN J.-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Economica, 1982, 306p.

-BELAID S., *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, 1974, 360p.

-BENETTI J., *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la Vème République*, Thèse de droit, Université Paris I, 2004, 468p.

-BENZINA S., *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2017, 746p.

-BEZZINA A.-C., *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014, 807p.

-BIROSTE D., *Pluralité des juges et unicité du contentieux des scrutins politiques*, Thèse de droit, Université d'Aix-en-Provence, 2008, 644p.

-BOITARD E., *Le contentieux électoral dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse de droit, Université Paris V, 2000.

-BONNEFOY O., *Les relations entre Parlement et Conseil Constitutionnel : les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur l'activité normative du Parlement*, Thèse de droit, Bordeaux, 2015, 592p.

-BONNET J., *Le juge ordinaire et le contrôle de constitutionnalité des lois, analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009, 716p.

-BOTTINI E., *La sanction constitutionnelle*, Dalloz, 2016, 700p.

-BOYER-MÉRENTIER C., *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica, 1996, 416p.

-(de) CACQUERAY S., *Le Conseil constitutionnel et les règlements des assemblées*, Economica, 2001, 465p.

-CAMUS G., *L'État de nécessité en démocratie*, LGDJ, 1965, 420p.

-CAR J.-C., *Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, Economica, 1999, 582p.

-CHARNAY J.-P., *Le contrôle de la régularité des élections parlementaires*, LGDJ, 1964, 447p.

-COLSON J.-P., *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, 223p.

-COMBRADE B.-L., *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, 2017, 491p.

-CONNIL D., *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2012, 860p.

-DAUGERON B., *La notion d'élection en droit constitutionnel*, Dalloz, 2011, 1298p.

-DEGBOE D, *Le reclassement des actes juridiques en droit constitutionnel français*, Thèse de droit, Université de Reims, 2015, 520p.

-DERRIEN A., *Les juges français de la constitutionnalité, étude sur la construction d'un système contentieux, Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation : trois juges pour une norme*, Bruylant, 2003, 505p.

-DI MANNO T., *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica, 1997, 617p.

-DISANT M., *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, 868p.

-DRAGO G., *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel, l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Economica, 1991, 403p.

-DUCLERCQ J.-B., *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2015, 537p.

-FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Economica, 2004, 381p.

-GARCIA J., *Les incompétences négatives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse de droit, Université de Montpellier, 2015, 785p.

-GUETTIER C., *Le Conseil constitutionnel et le droit parlementaire sous la Vème République*, 2 Vol., Thèse de droit, Université Paris I, 1986, 730p.

-HACHEM B., *L'office du juge des référés en droit de l'urbanisme*, LGDJ, 2014, 441p.

-HUTIER S., *Le contrôle de la procédure parlementaire par le Conseil constitutionnel - Étude sur la juridictionnalisation du fonctionnement des assemblées parlementaires françaises*, 2016, Fondation Varenne, 624p.

-JAN P., *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, 716p.

-LAMBERT E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Dalloz, 2005, 276p.

-LEBRUN G., *Office du juge administratif et questions préjudicielles, Recherche sur la situation du juge a quo*, LGDJ, 2017, 659p.

-LEROY P., *L'organisation constitutionnelle et les crises*, LGDJ, 1966, 328p.

-LEROYER S., *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^{ème} République*, Dalloz, 2011, 764p.

-MAILLOT J.-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Dalloz, 2003, 661p.

-MALPEL-BOUYJOU C., *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Dalloz, 2014, 573p.

-MASTOR W., *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica, 2005, 361p.

-(de) MONTALIVET P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, 647p.

-(de) NANTOIS C., *Le député : une étude comparative, France, Royaume-Uni, Allemagne*, LGDJ, 2010, 651p.

-OLIVA E., *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, Initiative législative et Constitution*, Paris, Economica, 1997, 603p.

-OULD BOUBOUTT A., *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica, 1987, 590p.

-PHILIP L., *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises, de la vérification des pouvoirs par les chambres au contrôle juridictionnel du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1961, 234p.

-PONTHOREAU M.-C., *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, 1994, 280p.

-RICHIR I., *Le Président de la République et le Conseil constitutionnel*, Puf, 1998, 395p.

-ROBLOT-TROIZIER A., *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française, Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, 2007, 688p.

-RRAPI P., *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, Dalloz, 2014, 280p.

-SÉNAC Ch.-E., *L'office du juge constitutionnel, Etude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, 2015, 613p.

-SERRAND P., *L'acte de gouvernement (contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat)*, Thèse de droit, Université Paris II, 1996, 772p.

-TINIÈRE R., *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2008, 682p.

-TRÉMEAU J., *La réserve de loi compétence législative et Constitution*, Economica-Puam, 1997, 414p.

-TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, 760p.

-VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, 306p.

-VIALLE P., *La cour suprême et la représentation politique aux États-Unis, Nouvel essai sur le gouvernement des juges*, LGDJ, 1972, 243p.

-VIDAL-NAQUET A., *"Les garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Panthéon-Assas, 2007, 671p.

-VINTZEL C., *Les armes du Gouvernement dans la procédure législative*, Dalloz, 2011, 836p.

-VOYSSET M., *L'article 16 de la Constitution du 04 octobre 1958*, LGDJ, 1969, 437p.

Articles et contributions

-ALLAND D., « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, 1998, pp. 1094-1104.

-AGUILA Y., « Valeur de la Charte de l'environnement », *Constitutions*, 2010, pp. 140-144.

-AGUILA Y., « Domaine de la loi en matière environnementale », *Constitutions*, 2010, pp. 307-310.

-ARDANT P., « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat » *in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat - Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, LGDJ, 1988, pp. 55-86.

-ARRIGHI de CASANOVA J., « Quel avenir pour la jurisprudence Kimberly Clark ? », *NCCC*, n° 46, 2015, pp. 29-39.

-ARRIGHI de CASANOVA J., « Le juge des actes préparatoires à l'élection », *NCCC*, n° 41, 2013, pp. 7-16.

-ARSAC R., « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 68, 2006, pp. 781-820.

-AUDREN F. et BLUCHE F., « Suffrage » *in* ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2014, pp. 1448-1451.

-AVRIL P. et GICQUEL J., « Le triomphe de l'entonnoir », *LPA*, n° 33, 2006, pp. 6-9.

-AVRIL P. et GICQUEL J., « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n°70, 1994, pp. 183-219.

-AVRIL P. et GICQUEL J., « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n°3, 1977, pp.163-189.

-AVRIL P. et GICQUEL J., « Les modifications relatives à l'élection du Président de la République », *RDP*, 1976, pp. 1263-1291.

-AVRIL P., « Un homme, une voix », *Pouvoirs*, n°120, 2006, pp. 123-132.

-AVRIL P., « Aspects juridiques de l'élection présidentielle des 5 et 19 mai 1974 », *RDP*, 1974, pp. 1123-1124.

-BACHSCHMIDT P., « Première censure d'une habilitation de l'article 38 de la Constitution pour manque de précision », *Constitutions*, 2017, pp. 53-55.

-BAGHESTANI-PERREY L., « À propos de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution », *LPA*, n°127, 2009, pp. 11-20.

-BARAK A., « L'exercice de la fonction juridictionnelles vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, n°66, 2006, pp. 227-302.

-BARANGER D., « Retour sur Dieudonné », *RFDA*, 2014, pp. 525-530.

-BARBÉ, « Le découpage électoral selon le Conseil constitutionnel », *JCP A*, n°s11-12, 2009, pp. 52-58.

-BARQUE F., « Le Conseil constitutionnel et la censure différée », *LPA*, n° 242, 2008, pp. 8-20.

-BEAUD O., « Le Souverain », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 33-45.

-(de) BÉCHILLON D., « Comment légitimer l'office du juge ? » *in L'office du juge*, Sénat, 2006, pp. 470-481.

-(de) BÉCHILLON D., « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », *CCC*, n° 24, 2008, pp. 78-80.

-BELLOUBET N., « Conseiller l'État », *Pouvoirs*, n°123, 2007, pp. 33-50.

-BENELBAZ C., « Le redécoupage électoral sous la V^{ème} République », *RDP*, n° 6, 2010, pp. 1661-1691.

-BENETTI J., « La procédure parlementaire en question dans les saisines parlementaires », *NCCC*, n°49, 2015, pp. 87-92.

-BENETTI J., « " Exception jurisprudentielle" et "décision d'espèce" ou comment (re)virer de direction sans le dire », *Constitutions*, 2012, pp. 267-269.

-BENETTI J., « La portée des "observations sur l'élection présidentielle" », *LPA*, n° 243, 2012, pp. 13-17.

-BENETTI J., « Les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions*, 2011, pp. 42-45.

-BENETTI J., « Les rapports entre gouvernement, groupes de la majorité et groupes d'opposition », *Jus Politicum*, n° 6, 2011, disponible à l'adresse : [http://juspoliticum.com/article/Les-rapports-entre-gouvernement-groupes-de-la-majorite-et-groupes-d-opposition-374.html].

-BENETTI J., « Droit d'amendement et bicamérisme », *LPA*, n° 231, 2000, pp. 12-16.

-BERGOUGNOUS G., « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *NCCC*, n° 38, 2013, pp. 5-21.

-BERNAUD V. et GAY L., « Droit constitutionnel », *D.*, n°29, 2008, pp. 2025-2035.

-BEZZINA A.-C., « Le Conseil constitutionnel, quasi-législateur fiscal ? », *RFFP*, n°129, 2015, pp. 185-210.

-BEZZINA A.-C., « À propos d'un nouveau moyen d'ordre public : l'autorité absolue des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel », *JCP A*, n° 16, 2014, pp. 39-44.

-BIROSTE D., « L'interdiction de financer une campagne électorale avec l'IRFM », *LPA*, n°139, 2013, pp. 18-30.

-BLACHÈR P., « Le président de la République et le Gouvernement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 50, 2016, pp. 29-38.

-BLACHÈR P., « Les études d'impact dans la procédure législative *», in Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012, pp. 51-61.

-BODA J.-S., « Retour sur l'élaboration du Préambule de la Constitution de 1958 », *RFDC*, n°106, 2016, pp. 283-308.

-BON P., « Le fonds commun européen », *in La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, 1989, pp. 41-104.

-BOUDON J., « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? - À propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *JCP G*, n° 40, 2010, pp. 1825-1827.

-BOUDON J., « Lorsque le Conseil constitutionnel pré-légifère : les avertissements adressés au législateur dans les décisions QPC de censure », Communication au congrès de l'AFDC de Nancy, 2011, disponible à l'adresse : http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/boudonT7.pdf.

-BOUDON J. et MONGOIN D., « L'arrêt Bush v. Gore de la Cour suprême des États-Unis (12 décembre 2000) », *RDP*, n°4, 2008, pp. 1101-1135.

-BOULOUIS J., « Le défenseur de l'exécutif », *Pouvoirs*, n°13, 1980, pp. 33-40

-BOULOUIS J., « Note sous décision n° 86-218 DC », *AJDA*, 1987, pp. 267-270.

-BOURREL R., « La validation par le Conseil constitutionnel de la "nouvelle Constitution financière" de la France », *AJDA*, 2013, pp. 478-481.

-BOURREL R., « La loi organique relative à l'article 11 de la Constitution enfin adoptée... et validée par le Conseil constitutionnel à propos de la décision n°2013-681 DC du 5 décembre 2013, loi organique portant application de l'article 11 de la constitution », *JCP A*, n°51, 2013, pp. 3-5.

-BRAIBANT G., « Le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit » *in Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, pp. 91-102.

-BREDIN J.-D., « Un gouvernement des juges ? », *Pouvoirs*, n° 68, 1994, pp. 77-85.

-BRONDEL S., « Observations du Conseil constitutionnel sur les échéances électorales de 2007 », *AJDA*, 2005, p. 1486.

-(de) CACQUERAY S., « Note sous la décision n° 2004-493 DC du 26 février 2004. Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée Nationale », *RFDC*, n°58, 2004, pp. 383-386.

-CAITUCOLI-WIRTH M.-H., « La vertu des institutions : l'héritage méconnu de Sieyès et de Constant », *Histoire@Politique*, n°16, 2012, pp. 121-139.

-CAMBY J.-P., « Expressions pluralistes des opinions et campagne officielle pour les élections législatives », *LPA*, n° 119, 2017, pp. 12-23.

-CAMBY J.-P., « Le Conseil constitutionnel et le statut des suppléants parlementaires », *LPA*, n° 234, 2012, pp. 9-14.

-CAMBY J.-P., « Le rôle du Conseil constitutionnel dans la préparation et la surveillance du processus électoral », *LPA*, n° 243, 2012, pp. 18-21.

-CAMBY J.-P., « La nature juridique des formulaires de "parrainages" des candidats à l'élection présidentielle », *LPA*, n°64, 2007, pp. 4-6.

-CAMBY J.-P., « Droit d'amendement et navette parlementaire : une évolution achevée », *RDP*, n° 2, 2006, pp. 293-300.

-CAMBY J.-P., « Le contentieux de l'organisation du référendum du 29 mai 2005 », *RDP*, n° 3, 2005, pp. 587-596.

-CAMBY J.-P., « Le maire, le pédiluve et l'élection présidentielle », *LPA*, n°125, 2002, pp. 11-15.

-CAMBY J.-P., « Injonction et Constitution », *RDP*, n°3, 2001, pp. 639-644.

-CAMBY J.-P., « Le référendum et le droit (À propos du référendum du 24 septembre 2000) », n°1, *RDP*, 2001, pp. 3-21.

-CAMBY J.-P., « Le contentieux des élections des députés : éléments pour un bilan », *CCC*, n°5, 1998, pp. 75-87.

-CAMBY J.-P., « Règles relatives à l'appréciation d'une situation d'inéligibilité », *AJDA*, 1996, pp. 135-138.

-CAMBY J.-P., « La liste des nominations en conseil des ministres peut-elle relever de la compétence du pouvoir réglementaire ? » *LPA*, n°137, 1995, pp. 26-29.

-CAPITANI A., « Jurisprudence du Conseil constitutionnel (1er avril-30 juin 2005) », *RFDC*, n°64, 2005, pp. 753-754.

-CARCASSONNE G., « Le rôle du contrôle de constitutionnalité dans l'élaboration et le vote de la loi » *in Le Conseil constitutionnel a quarante ans*, Conseil constitutionnel-LGDJ, 1999, pp. 83-90.

-CARPENTIER E., « L' "acte de gouvernement" n'est pas insaisissable », *RFDA*, 2006, pp. 661-677.

-CARRÈRE T., « Le contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution à l'épreuve de la QPC », *RDP*, 2018, pp. 1107-1128.

-CASSARD-VALEMBOIS A.-L., « Précisions sur la recevabilité d'une QPC posée devant le Conseil constitutionnel, juge électoral (1) », *Constitutions*, 2013, pp. 271-276.

-CASSARD-VALEMBOIS A.-L., « La recevabilité d'une QPC posée devant le Conseil constitutionnel, juge électoral (2) », *Constitutions*, 2013, pp. 277-282.

-CASSARD-VALEMBOIS A.-L., « De regrettables regrets rue de Montpensier... », *AJDA*, 2017, pp. 313-315.

-CASSIA P. et SAULNIER-CASSIA E., « Le traité établissant une constitution pour l'Europe et la Constitution française. À propos de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel et du projet de loi constitutionnelle. » *JCP G*, n° 5, 2005, pp. 195-203.

-CASSIA P., « Le Conseil constitutionnel, saisi comme juge ordinaire, est habilité à statuer directement sur une QPC » *D.*, 2012, pp. 327-332.

-CHALTIEL F., « La loi organique relative aux articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution devant le Conseil constitutionnel : revalorisation du Parlement ou protection du gouvernement ? », *LPA*, n°106, 2009, pp. 4-9.

-CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *CRDF*, n° 9, 2011, pp. 11-22.

-CHAMUSSY D., « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 38, 2013, pp. 37-68.

-CHAMUSSY D., « Le Conseil constitutionnel, le droit d'amendement et la qualité de la législation », *RDP*, n° 4, 2007, pp. 1073-1098.

-CHARLOT P., « Les juges de la loi, ou plaidoyer pour un certain Conseil constitutionnel », *in L'œuvre de Léo Hamon*, Dalloz, 2012, pp. 137-148.

-CHEVRETTE F. et CHARLES G., « L'utilisation de la procédure de l'avis consultatif devant la Cour suprême du Canada : essai de typologie », *La Review du barreau canadien*, n°82, 2003, pp. 757-790.

-CHIROUX R., « Faut-il réformer le Conseil », *Pouvoirs*, n°13, 1980, pp. 107-124.

-CLAISSE A., « Note de jurisprudence sous la décision n° 69-18 PDR du 17 mai 1969 », *JCP G*, 1970, II, 16271, pp. 23-27.

-(de) CLAUSADE J., « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *JCP G*, n° 12, 2006, pp. 377-381.

-COHEN G., « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution », *RDP*, 1963, pp. 745-758.

-COLLIARD J.-C., « Les parrainages à l'élection présidentielle », *NCCC*, n° 34, 2012, pp. 13-21.

-COMBRADE B-L., « La simplification de la loi passera par l'étude d'impact (Assemblée nationale, « Rapport d'information n° 2268 au nom de la mission d'information sur la simplification législative », 9 octobre 2014, 399 p.) », *Constitutions*, 2014, pp. 460-462.

-COMBRADE B-L., « Cinq ans plus tard : Première (et dernière ?) application de l'article 39, alinéa 4 de la Constitution », *LPA*, n° 171, 2014, pp. 6-11.

-COMBRADE B-L., « À qui profite l'étude d'impact ? », *LPA*, n° 17, 2012, pp. 6-13.

-COUTU M., « Légitimité et constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », *Droit et société*, 2004, pp. 233-256.

-CUTAJAR C., « Les lois du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie publique : le choix de la transparence et de la prophylaxie », *D.*, 2018, pp. 569-576.

-DARCY G., « Regard elliptique sur l'office du juge », *in Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Montchrestien, 2007, pp. 287-300.

-DAUGERON B., « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : la "vérification des pouvoirs'', histoire et théorie », *NCCC*, n° 41, 2013, pp. 17-31.

-DEGBOE D., « Le contrôle de constitutionnalité des ordonnances ratifiées à l'aune de la QPC », *Politéia*, n°27, 2015, pp. 413-425.

-DEGBOE D., « Les réunions de plein droit du Parlement sous la V^{ème} République », *RFDC*, n°109, 2017, pp. 73-87.

-DELAUNAY B., « Le Conseil constitutionnel, protecteur de l'exécutif ? » *in* P. Jan et J.-P. Roy, *Le Conseil constitutionnel vu du Parlement*, Ellipses, 1997, pp. 169-185.

-DELPÉRÉE F., « Présentation de la Cour d'Arbitrage de Belgique », *CCC*, n°12, 2002, pp. 49-63.

-DELVOLVÉ P., « À propos de l'arrêt Moussa Koné », *RFDA*, 1996, p. 908.

-DEPARIS O., « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *NCCC*, n° 32, 2011, pp. 223-231.

-DENOLLE A.-S., « Les études d'impact : une révision manquée ? », *RFDC*, n° 87, 2011, pp. 499-514.

-DENQUIN J.-M., « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie » *in* D. Chagnollaud et M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 1, Dalloz, 2012, pp. 40-65.

-DEROSIER J.-P., « Une QPC dans le contentieux électoral, ou lorsque le préalable devient préjudiciel », *JCP A*, n° 16, 2012, pp. 40-43.

-DEROSIER J.-P., « Le bicamérisme : un défi et un enjeu démocratique », *LPA*, n°45, 2015, pp. 7-13.

-DI MANNO T. « Les divergences de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires suprêmes » *in Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, pp. 185-206.

-DISANT M., « Les rapports entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire. Voies et capacité de régulation interne au prisme des rapports entre ordres juridiques. » *in* B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 725-739.

-DISANT M., « Les effets dans le temps des décisions QPC », *NCCC*, n° 40, 2013, pp. 63-82.

-DOLEZ B., « Comptes de campagne : le Conseil constitutionnel allume la mèche », *AJDA*, 2013, pp. 581-584.

-DOLEZ B., « Une occasion manquée de revoir le régime des inéligibilités de l'article LO 134 du code électoral », *AJDA*, 2013, pp. 65-68.

-DORD O., « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *NCCC*, n° 38, 2013, pp. 23-36.

-DORD O., « QPC "AOC " et QPC "d'assemblage". À propos du Conseil constitutionnel juge électoral d'un grief d'inconstitutionnalité », *AJDA*, 2012, pp. 961-965.

-DORD O., « La loi OGM devant le Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence *AC !* », *AJDA*, 2008, pp. 1614-1618.

-DRAGO G., « Les différents types de contentieux ou 5 000 décisions en 60 ans », *NCCC*, n° 58, 2018, pp. 5-17.

-DRAGO G., « Justice constitutionnelle », *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2014, pp. 902-907.

-DRAGO G., « La Cour de cassation, juge constitutionnel », *RDP*, 2011, pp. 1438-1443.

-DRAGO G., « L'article 15 », *LPA*, n°97, 2008, pp. 51-53.

-DRAGO G., « Le partage loi/règlement : un nouvel équilibre à construire », *LPA*, n° 254, 2008, pp. 65-67.

-DRAGO G., « Le périmètre de la loi », i*n Mélanges en l'honneur du Professeur Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, pp. 661-672.

-DRAGO G., « Justice constitutionnelle », *Droits*, n° 34, 2001, pp. 119-130.

-DRAGO G., « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, n°6, 2011, http://juspoliticum.com/article/L-influence-de-la-QPC-sur-le-Parlement-ou-la-loi-sous-la-dictee-du-Conseil-constitutionnel-379.html.

-DROUOT G., « Le financement des campagnes électorales et des activités politiques : les nouvelles règles du jeu. La loi du 15 janv. 1990 et la loi organique du 11 mai 1990 », *Dalloz, actualités législatives*, 1990, pp. 125-134.

-DUBUT T., « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des " exigences constitutionnelles ", *RFDC*, n°80, 2009, pp. 749-764.

-DUFFY-MEUNIER A., « La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *Jus politicum*, n°9, 2013, http://juspoliticum.com/article/La-Cour-supreme-au-Royaume-Uni-apres-le-Constitutional-Reform-Act-2005-une-juridiction-hors-norme-641.html.

-DUFOUR G. et MORIN A., « Le renvoi relatif à la sécession du Québec : critique du traitement que fait la Cour suprême du droit international », *Revue québécoise de droit international*, 1999, pp. 175-195.

-DUMORTIER G., « La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral : sous les pavés, la plage ? », *NCCC*, n°41, 2013, pp. 33-45.

-DUVERGER M., « L'article 16 et ses limites », *Le Monde*, 5 mai 1961.

-EHRHARD T., « Le découpage électoral des circonscriptions législatives : le parlement hors-jeu ? », *Pouvoirs*, n° 146, 2013, pp. 117-132.

-ESTANGUET P., « L'application dans le temps des normes constitutionnelles : pour une modernisation de la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2019, pp. 163-176.

-FALLON D., « Les vicissitudes de l'incompétence négative en QPC », *Constitutions*, 2018, pp. 241-250.

-FATIN-ROUGE STEPHANINI M., « La répartition des compétences normatives », *AIJC*, n° XV, 1999, pp. 593-594.

-FATIN-ROUGE STEPHANINI M., « Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions », *RFDC*, n° 78, 2009, pp. 269-298.

-FATIN-ROUGE STEPHANINI M., « La décision du Conseil constitutionnel du 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet : un nouveau pas en matière de contrôle des référendums », *RFDA*, n° 5, 2005, pp. 1040-1048.

-FAVOREU L., « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n°13, 1991, pp. 17-31.

-FAVOREU L., « Note sous décision n° 82-142 DC », *RDP*, 1983, pp. 348-362.

-FAVOREU L., « La délégalisation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel », *in Mélanges Waline*, Tome II, LGDJ, 1974, pp. 429-450.

-FAVOREU L., « Avant-propos », *Le domaine de la loi et du règlement*, 2ème édition, Economica-Puam, 1981, pp. 7-11.

-FAVOREU L., « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, Vol. 38, n°2, 1986, pp. 611-633.

-FAVOREU L., « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 1987, pp. 871-884.

-FAVOREU L., « Note sous la décision n°95-177 L du 8 juin 1995 », *RFDC*, n°23, 1995, pp. 584-586.

-FAVOREU L., « Note sous décision n° 82-143 DC », *RDP*, 1983, pp. 348-362.

-FAVOREU L., « Principes généraux du droit et ordonnances non ratifiées », *RFDA*, 1996, pp. 1111-1112.

-FAVOREU L., « Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français », *RFDC*, 1997, pp. 713-726.

-FAVOREU L., « Légalité et constitutionnalité », *CCC*, n°3, 1997, pp. 73-81.

-FAVOREU L., « Note sous décision n° 2001-444 DC », *RFDC*, n° 48, 2001, pp. 722-724.

-FAVOREU L., « Chronique constitutionnelle française », *RDP*, 1978, pp. 821-825.

-FAVOREU L., « Chronique de droit constitutionnel jurisprudentiel », *RDP*, n°2, 1986, pp. 432-440.

-FAVOREU L., « L'effet des décisions du Conseil constitutionnel à l'égard du juge administratif français », *RIDC*, n° 9, 1987, pp. 463-486.

-FAVOREU L., « Une grande décision », *in* L. Favoreu (dir.), *Nationalisations et Constitution*, Economica, 1982, pp. 19-53.

-FAVOREU L. et PHILIP L., « Demande d'avis. Compétence du Conseil constitutionnel en matière consultative. Caractère général de la compétence d'attribution » *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15ème édition, Dalloz, 2009, pp. 88-104.

-FAVOREU L. et PHILIP L., « Règlement de l'Assemblée nationale » *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, pp. 35-48.

-FAVOREU L. et PHILIP L., « Prix des baux à ferme », *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, pp. 67-77.

-FAVOREU L. et PHILIP L., « Magistrats musulmans. Contrôle de la constitutionnalité des lois organiques - Incontestabilité des ordonnances portant loi organique » *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, pp. 79-85.

-FAVOREU L. et PHILIP L., « Taxe radiophonique » *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, pp. 87-101.

-FAVOREU L. et PHILIP L., « Article 16. Application de l'article 16 de la Constitution. Fonctions consultatives du Conseil constitutionnel » *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, pp. 125-133.

-FAVOREU L. et PHILIP L., « Déclaration de vacance. Vacance de la Présidence de la République. Rôle du Conseil constitutionnel » *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, pp. 149-157.

-FAVOREU L. et PHILIP L., « Fixation des prix agricoles », *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, pp. 159-166.

-FAVOREU L. et PHILIP L., « Commission de vérification des comptes des entreprises publiques » *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1975, pp. 193-201.

-FLAUSSE J.-F., « Le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires », *LPA*, n° 75, 1997, pp. 7-15.

-FONBAUSTIER L., « Élection » *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2014, pp. 604-607.

-FORT-BESNARD A., « La modulation dans le temps des effets d'une annulation en matière électorale », *RFDA*, 2013, pp. 549-556.

-FOUCHER K., « La première application de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC : de l'inédit, de l'inutile et du flou », *AJDA*, 2011, pp. 1158-1161.

-FOUCHER K., « Un an de Charte de l'environnement au Conseil constitutionnel (novembre 2012 à octobre 2013) : les incertitudes d'une jurisprudence en voie de construction », *Constitutions*, 2013, pp. 606-619.

-FOYER J., « L'application des articles 34 et 37 par l'Assemblée nationale » *in Le domaine de la loi et du règlement*, 2ème édition, Economica-Puam, 1981, pp. 83-122.

-FRAISSE R., « QPC et interprétation de la loi », *LPA*, n° 89, 2011, pp. 5-11.

-FRANÇOIS B., « La droit saisi par la politique » *in* J. Lagroye, *La politisation*, Belin, 2003, pp. 373-385.

-FRIER P.-C., « Les législations d'exception », *Pouvoirs*, n°10, 1979, pp. 21-34.

-FRISON-ROCHE M.-A., « Les offices du juge », *in Mélanges en l'honneur de Jean Foyer*, Puf, 1997, pp. 463-476.

-FROMONT M., « La procédure législative en République fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, pp. 143-152.

-FROMONT M., « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française » *in Le nouveau constitutionnalisme - Mélanges en l'honneur de Gérard Conac,* Economica, 2001, pp. 167-183.

-FROMONT M., « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *CCC*, n° 15, 2004, pp. 90-101.

-GADHOUN P.-Y., « Note sous la décision n° 2017-172 PDR du 20 juillet 2017 », *NCCC*, n°58, 2018, pp. 117-118.

-GADHOUN P.-Y., « Note sous la décision n° 2016-729 DC du 21 avril 2016 », *NCCC*, n° 53, 2016, p. 159.

-GADHOUN P.-Y., « Notes sous la décision n° 2015-257 L du 14 août 2015 », *NCCC*, n° 50, 2016, pp. 138-140.

-GAUDEMET P.-M., « L'aménagement de la taxation d'office face aux exigences de l'égalité devant la loi et de la procédure budgétaire », *AJDA*, 1974, pp. 236-246.

-GAUDEMET Y., « Synthèse », *Justice et cassation*, 2010, pp. 161-164.

-GAUDEMET Y., « La loi administrative », *RDP*, n°1, 2006, pp. 65-84.

-GAUDEMET Y., « L'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la concurrence est-elle législative ou réglementaire ? (A propos des ratifications implicites) », *JCP G*, n° 5, 1991, I 3486, pp. 47-51.

-GAUTHIER-LESCOP L., « Une résolution du Parlement pour lutter contre l'inflation normative », *RDP*, n° 1, 2007, pp. 111-129.

-GÉLINAS F., « La Cour suprême du Canada et le droit politique », *CCC*, n° 24, 2008, pp. 72-77.

-GENEVOIS B., « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA*, 2000, pp. 715-724.

-GENEVOIS B., « Le nouveau rôle du juge de l'élection », *Pouvoirs*, n°70, 1994, pp. 69-81.

-GENEVOIS B., « L'influence du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n°49, 1989, pp. 47-56.

-GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 1988 », *RDP*, 1989, pp. 19-44.

-GENEVOIS B., « Du dédoublement de la convention nationale des médecins aux droits des étrangers », *RFDA*, 1990, pp. 406-420.

-GENEVOIS B., « L'application de l'article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement baroque », *RFDA*, 2018, pp. 755-769.

-GENEVOIS B., « Le juge de l'élection, le traité et la loi », *RFDA*, 1988, p. 909-917.

-GESLOT C., « La mise en œuvre du référendum d'initiative minoritaire », *AJDA*, 2014, pp. 893-899.

-GHÉVONTIAN R., « Un labyrinthe juridique : le contentieux des actes préparatoires en matière d'élections politiques », *RFDA*, 1994, pp. 793-816.

-GHÉVONTIAN R., « Le principe de dignité du scrutin », *D.*, 2003, pp. 1132-1133.

-GHÉVONTIAN R., « La notion de sincérité du scrutin », *CCC*, n°13, 2003, pp. 63-68.

-GHÉVONTIAN R., « Constitutionnalité de la loi relative à l'élection des sénateurs », *D*. 2001, pp. 1843-1844.

-GHÉVONTIAN R., « Vingt ans après. Observations sous Conseil d'État, Section, 14 septembre 2001, Marini, Conseil Constitutionnel, 20 septembre 2001, Hauchemaille et Marini et Conseil Constitutionnel, 13 décembre 2001, Hauchemaille », *RFDA*, 2002, pp. 393-397.

-GHÉVONTIAN R., « Un Janus jurisprudentiel : À propos de la décision 2011-4538 du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2012 - Sénat, Loiret » *Constitutions*, 2012, pp. 343-348.

-GHÉVONTIAN R., « Note sous décision n° 2003-475 DC », *RFDC*, n°56, 2003, pp. 812-816.

-GHÉVONTIAN R., « Actualité du droit électoral, Observations sous Conseil constitutionnel 14 mars 2001, Hauchemaille, CE, Sect. 14 septembre 2001, Marini et 20 septembre 2001, Hauchemaille et Marini », *RFDC*, n° 48, 2001, pp. 775-778.

-GHÉVONTIAN R., « Faillite personnelle et déchéance des droits civiques », *D.*, 1997, pp. 259-263.

-GHÉVONTIAN R. et LAMOUROUX S., « Le contrôle des lois d'application de l'article 25 de la Constitution », *RFDC*, n° 79, 2009, pp. 576-587.

-GICQUEL J., « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *NCCC*, n°41, 2013, pp. 191-199.

-GICQUEL J., « Le Conseil constitutionnel et le mandat parlementaire », *NCCC*, n° 38, 2013, pp. 69-83.

-GLÉNARD G., « La conception matérielle de la loi revivifiée, La loi ordinaire à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programmation sur l'avenir de l'école », *RFDA*, 2005, pp. 922-929.

-GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *CCC*, n°22, 2007, pp. 269-295.

-GOGUEL F., « L'élaboration des institutions de la République dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RFSP*, 1959, pp. 67-86.

-GOUBERT P., « Un problème mondial : la vénalité des offices », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, n°2, 1953, pp. 210-214.

-GOURDON H., « Note sous décision n° 86-208 DC », *RA*, 1987, pp. 28-31.

-(de) GOUTTES R., « L'application de la Constitution par la Cour de cassation », *in* G. Drago (dir.), *L'application de la constitution par les cours suprêmes, Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Dalloz, 2007, pp. 55-72.

-GUETTIER C., « Le contrôle juridictionnel des actes du Président de la République », *RDP*, 1998, pp. 1719-1747.

-GUSY C., « Considérations sur le droit politique », *Jus Politicum*, n° 1, 2008, disponible à l'adresse : http://juspoliticum.com/article/Considerations-sur-le-droit-politique-26.html.

-GUYOMAR M. et COLLIN P., « Devant quel juge peut-on contester la légalité des actes préliminaires aux élections législatives, à l'élection présidentielle et aux opérations de référendum ? », *AJDA*, 2001, pp. 858-863.

-HAMON F., « Le statut des partis politiques » *in* D. Chagnollaud et M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 2, Dalloz, 2012, pp. 413-440.

-HAMON L., « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels. À propos des trois décisions récentes du Conseil constitutionnel » *D.*, 1974, pp. 83-90.

-HAMON L., « Note sous la décision n° 63-24 L du 9 juillet 1963 », *D.*, 1964, pp. 455-456.

-HAMON L., « Note sous décision n° 61-1 AUTR du 14 septembre 1961 », *D.*, 1963, pp. 17-20.

-HAMON L., « Note sous décision Regroupement national », *D.*, 1962, pp. 467-470.

-HAMON L., « À propos de l'article 16, quelques questions juridiques », *AJDA*, 1961, pp. 663-670.

-HAQUET A., « Les études d'impact des projets de loi : espérances, scepticisme et compromis », *AJDA*, 2009, pp. 1986-1993.

-HAVARD L., « La réalisation de la citoyenneté calédonienne », *RDP*, 2013, pp. 1179-1205.

-HEITZMANN-PATIN M. et PEYROUX-SISSOKO M.-O., « Moralisation de la vie politique : le Conseil constitutionnel ouvre la voie », *JCP A*, n° 37, 2013, pp. 29-31.

-HÉRIN J.-L., « Les exclus du droit de vote », *Pouvoirs*, n°120, 2007, pp. 95-107.

-HILAIRE J., « À propos de l'office du juge », *in Auctoritas, Mélanges offerts au professeur Olivier Guillot*, Pups, 2006, pp. 779-801.

-HISPALIS G., « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n°114, 2005, pp. 101-115.

-HOCHMANN T., « Motivation et justice constitutionnelle : le modèle allemand », *NCCC*, n°s55-56, 2017, pp. 23 à 31.

-HOCHMANN T., « Pas de lunettes sous les œillères : le Conseil constitutionnel et le négationnisme », *RDLF*, n°6, 2017, disponible à l'adresse : http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/pas-de-lunettes-sous-les-oeilleres-le-conseil-constitutionnel-et-le-negationnisme/.

-HUTIER S., « Retour sur un moyen récurrent : les malfaçons de l'étude d'impact des projets de loi », *RFDC*, n° 101, 2015, pp. 73-86.

-JAN P., « La campagne officielle des élections législatives saisie par l'équité », *JCP G*, n°28, 2017, pp. 802-803.

-JAN P., « « Les objectifs de valeur constitutionnelle et le contentieux administratif : de beaux principes, seulement », *LPA*, n°193, 2002, pp. 15-19.

-JAN P., « « Le Conseil constitutionnel et la nouvelle loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances », *AJDA*, 2002, pp. 59-63.

-JAN P., « « L'organisation de l'élection présidentielle », *AJDA*, 2001, pp. 749-761.

-JANICOT L., « Le Préambule de la Constitution de 1946 et la loi », *in Le Préambule de la Constitution de 1946*, Editions Panthéon-Assas, pp. 45-59.

-JANOT R., « L'origine des articles 34 et 37 » *in* L. Favoreu (dir), *Le domaine de la loi et du règlement*, 2ème édition, Economica-Puam, 1981, pp. 61-77.

-JANOT R., « Débat » in L. Favoreu, D. Maus et J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992, pp. 721-727.

-JANUEL P., « Le Parlement menacé par un abus d'ordonnances », *Dalloz actualité*, 2018, disponible à l'URL : https://www.dalloz-actualite.fr/flash/parlement-menace-par-un-abus-d-ordonnances#.XKI8GVUzaUk.

-JAUME L., « Le contrôle de constitutionnalité de la loi a-t-il un sens pour la doctrine française de la Révolution et des premières années du XIXème siècle ? », *in* D. Chagnollaud (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité du XVIIIème-XIXème siècle*, Éditions Panthéon-Assas, 2003, pp. 17-29.

-JÉGOUZO Y., « La Charte de l'environnement », *AJDA*, n°24, 2005, p. 1156.

-JENNEQUIN A., « La question prioritaire de constitutionnalité à l'épreuve des ordonnances », *AJDA*, 2010, pp. 2300-2304.

-JOUANJAN O., « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, disponible à l'adresse : http://juspoliticum.com/article/Modeles-et-representations-de-la-justice-constitutionnelle-en-France-un-bilan-critique-72.html.

-JOUANJAN O., « L'élaboration de la loi en République fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs*, n°66, 1993, pp. 83-99.

-JULIEN-LAFERRIÈRE F., « Note sous la décisions des 16 et 20 avril 1982 », *AJDA*, 1982, pp. 466-468.

-JUTRAS D., « Le rôle constitutionnel de la Cour suprême du Canada : autoportrait », *CCC*, n°24, 2008, pp. 65-71.

-KELSEN H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 197-257.

-KERLÉO J.-F., « Les comptes des partis politiques État des lieux des incertitudes et des enjeux », *RFFP*, n°138, 2017, pp. 233-260.

-KERLÉO J.-F., « Plaidoyer en faveur d'une réforme de l'article 40 de la Constitution », *RFDC*, n°99, 2014, pp. 507-531.

-KOVAR J.-P., « Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel - (Cons. const., déc. n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, loi relative au secteur de l'énergie) », *Europe,* n° 2, 2007, pp. 4-6.

-LABETOULLE D., « Le nouveau code du travail devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2008, pp. 851-854.

-LAMARQUE J., « La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution », *RDP*, 1961, pp. 558-628.

-LANDAIS C. et LENICA F., « Premières précisions sur la portée juridique de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2006, pp. 1584-1592.

-LE BOT O., « Contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* en Europe », *NCCC*, n° 40, 2013, pp. 117-135.

-LE BOUTHILLIER Y., « La Cour suprême du Canada peut-elle répondre à une pure question de droit international dans le cadre du renvoi sur la sécession unilatérale du Québec ? », *RGD*, Vol. 28, 1997, pp. 431-448.

-LE PILLOUER A., « L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente », *RFDA*, 2009, pp. 1203-1214.

- LE POURHIET A.-M., « Question prioritaire de constitutionnalité, démocratie et séparation des pouvoirs », *Constitutions*, 2011, pp. 47-52.

- LE POURHIET A.-M., « Les armes du juge constitutionnel dans la protection des libertés fondamentales », *RGD*, 2016, disponible à l'adresse : https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2016/02/02/les-armes-du-juge-constitutionnel-dans-la-protection-des-libertes-fondamentales/.

-LEVADE A., « Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *RFDA*, 2007, pp. 564-577.

-LEVADE A., « La décision OGM ou les implicites d'une décision à lire dans son environnement », *JCP G*, n° 30, 2008, pp. 37-42

-LEVADE A., « Décision OGM : l'inconstitutionnalité différée », *Constitutions*, 2010, pp. 56-57.

-LEVADE A., « Une constitutionnalité en trompe-l'œil ou l'impossible censure des découpages électoraux ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 février 2010 », *JCP G*, n° 11, 2010, p. 522-524.

-LEVADE A., « Perspectives : confrontation entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité », *AJDA*, 2011, pp. 1257-1261.

-LEVINET M., « Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme. La confirmation de l'autonomie des États en matière de choix des systèmes électoraux. Brèves réflexions sur l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Yumak et Sadak c/Turquie (Gr. Ch., 8 juillet 2008) », *RFDC*, n°78, 2009, pp. 423-430.

-LICHÈRE F. et VIALA A., « La légalité des quotas par sexe (pour certains jurys de concours) », *AJDA*, 2003, pp. 817-820.

-LIÉBER S.-J. et BOTTEGHI D., « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, pp. 1355-1365.

-LONG M., « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, 1992, pp. 787-794.

-LUCHAIRE F., « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, n°64, 2005, pp. 665-684.

-LUCHAIRE F., « « Ouverture », *in* D. Chagnollaud, *Aux origines du contrôle de constitutionnalité du XVIII*^{ème}*-XIX*^{ème} *siècle*, Éditions Panthéon-Assas, 2003, pp. 13-14.

-LUCHAIRE F., « « Six constitutionnalistes répondent à six questions concernant le Conseil constitutionnel », *RDP*, n° 1, 2002, pp. 543-544.

-LUCHAIRE F., « « Douze bizarreries constitutionnelles – bien françaises » *in Le nouveau constitutionnalisme Mélanges en l'honneur de Gérard Conac,* Economica, 2001, pp. 151-166.

-LUCHAIRE F., « « Deux décisions du Conseil constitutionnel appelées à faire jurisprudence ? », *RDP*, n°5, 1999, pp. 1285-1292.

-LUCHAIRE F., « « Le Conseil constitutionnel et les nominations en Conseil des ministres », *RDP*, n°4, 1995, pp. 1-9.

-LUCHAIRE F., « « Note sous décision 88-1082/1117 », *D.*, 1989, pp. 285-288.

-LUCHAIRE F., « « Introduction », *in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ, 1988, pp. 41-53.

-LUCHAIRE F., « « Saisir le Conseil avant plutôt qu'après », *Le Monde*, 23 août 1985.

-LUCHAIRE F., « « Note sous la décision des 16 et 20 avril 1982 », *D.*, 1982, pp. 489-493.

-LUCHAIRE F., « « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *AJDA*, 1979, pp. 3-16.

-MAGNON X., « Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre "autorité" et "force" de chose jugée », *RFDA*, 2013, pp. 859-867.

-MAGNON X., « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2011, pp. 761-771.

-MAGNON X., « Primauté du droit communautaire - La singularisation attendue du droit communautaire au sein de la jurisprudence IVG Brèves réflexions sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, CPE », *Europe*, n° 6, 2006, étude 6, pp. 4-6.

-MALIGNER B., « Une première au Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2015, pp. 704-705.

-MALIGNER B., « Le volet électoral de la loi du 16 janvier 2015 », *AJDA*, 2015, pp. 615-625.

-MALIGNER B., « Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales », *NCCC*, n°41, 2013, pp. 47-98.

-MALIGNER B., « Le redécoupage électoral validé par le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2010, pp. 1146-1152.

-MALIGNER B., « Inconstitutionnalité de l'article L. 7 du code électoral », *AJDA*, 2010, pp. 1831-1837.

-MALIGNER B., « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur le redécoupage électoral », *AJDA*, 2009, pp. 645-652.

-MALIGNER B., « Le contentieux des élections législatives devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2008, pp. 464-470.

-MALIGNER B., « La disparition simultanée d'un candidat et de son suppléant », *RFDA*, 2002, pp. 1035-1049.

-MASTOR W., « La reformulation de la question par le Conseil constitutionnel », *NCCC*, n°38, 2013, pp. 221 à 226.

-MASTOR W., « Les droits du candidat à l'élection présidentielle », *Pouvoirs*, n°138, 2011, pp. 33 à 46.

-MASTOR W., « Opiner à voix basse… et se taire : réflexions critiques sur le secret des délibérés » *in Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, pp. 725 à 751.

-MASTOR W. et HOURQUEBIE F., « Les cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », *NCCC*, n°34, 2012, pp.143-162.

-MATHIEU B., « Le Conseil constitutionnel poursuit la chasse aux " cavaliers législatifs " ; À propos de la décision n° 2009-589 DC du 14 octobre 2009 », *JCP G*, n° 45, 2009, pp. 10-11.

-MATHIEU B., « Le droit d'amendement : en user sans en abuser », *AJDA*, n°7, 2006, pp. 306-307.

-MATHIEU B., « La portée de la Charte pour le juge constitutionnel », *AJDA*, 2005, pp. 1170-1174.

-MATHIEU B., « La part de la loi et du règlement - De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs*, n°114, 2005, pp. 73-87.

-MATHIEU B., « Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil constitutionnel dans l'édiction des ordonnances de l'article 38 », *RFDA*, 1987, pp. 700-722.

-MATHIEU B., AIVAZZADEH-BARRÉ S., VERPEAUX M., BAGHESTANI-PERREY L., « Note sous décision n°97-395 DC », *LPA*, n° 74, 1998, pp. 20-23.

-MAUGÜE C., « L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité », *CCC*, n°7, 1999, pp. 87-92.

-MAYER V., « La Cour suprême du Canada et le processus démocratique : redéfinition et impact politique », *Pouvoirs*, n°59, 1991, pp. 143-157.

-MAZEAUD P., « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP A*, n° 3, 2005, p. 245-46.

-MBONGO P., « La " constitutionnalisation " des études d'impact préalables à la loi. Un mirage légistique », *D.*, 2009, pp. 108-110.

-MBONGO P., « Le " calendrier électoral " de 2002 devant le Conseil constitutionnel », *D.*, 2001, pp. 2214-2220.

-MÉLIN SOUCRAMANIEN F., « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, n°105, 2003, pp. 117 à 131.

-MELLERAY F., « La Constitution : norme d'application directe par le juge : conditions et limites » *in* G. Drago (dir.) *L'application de la constitution par les cours suprêmes, Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation*, Dalloz, 2007, pp. 17-29.

-MENGUY J.-B., « La réforme du Sénat : de l'étreinte juridique à la régulation juridique », *LPA*, n°136, 2004, pp. 12-18.

-MENICHETTI J., « L'écriture de la constitution de l'An VIII : quelques réflexions sur l'échec d'un mécanisme révolutionnaire », *Napoleonica. La Revue*, n° 18, 2013, pp. 68-83.

-MEYER-HEINE A., « La procédure d'empêchement temporaire du Chef de l'État sous la V^{ème} République : les imprécisions de l'article 7 de la Constitution », *LPA*, n° 90, 1995, pp. 4-8.

-MIATTI F., « Le juge constitutionnel, le juge administratif et l'abstention du législateur », *LPA*, n°52, 1996, p. 4-11.

-MICLO F., « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA*, 1982, pp. 115-131.

-MODERNE F., « À propos du contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs dans le droit public français contemporain », *RFDA*, 2008, pp. 915-919.

-MOLFESSIS N., « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, pp. 89-102.

-(de) MONTALIVET P., « Liberté d'expression et de communication (dans les médias) » *in* « Observatoire de jurisprudence constitutionnelle - Chronique n°1 », *CCC*, n°28, 2010, pp. 156-160.

-(de) MONTALIVET P., « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *CCC*, n° 20, 2006, pp. 169-175.

-(de) MONTECLER M.-C., « Le redécoupage des régions entériné par le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2015, p. 76.

-(de) MONTIS A., « La validation aisée de la Loi travail par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°109, 2017, pp. 197-209.

-(de) MONTIS A. et MONGE P., « Le Sénat et le renouveau de l'article 41 de la Constitution », *RFDC*, n° 112, 2017, pp. 861-880.

-MORANGE G., « Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16 », *D.*, 1962, pp. 109-114.

-MOUSSEBBIH A., « L'office du Conseil constitutionnel marocain, juge électoral », *RFDC*, n°110, 2017, pp. 437-464.

-NORMAND J., « Office du juge », *in* L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004, pp. 925-934.

-OLIVA É., « Note sous la décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution : "Initiative partagée" et protection constitutionnelle des finances publiques », *RFDC*, n° 99, 2014, pp. 676-682.

-(d')ONORIO J.-B., « Le rapatriement de la Constitution canadienne », *RIDC*, Vol. 35, n°1, 1983, pp. 69-108.

-OURLIAC P., « L'office du juge dans le droit canonique classique », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 627-644.

-PAVIA M.-L., « L'existence du pluralisme, fondement de la démocratie », *RA*, 1990, pp. 320-331.

-PELLETIER B., « Les modalités de la modification de la Constitution du Canada », *Revue juridique Thémis* n°33, 1999, disponible à l'adresse : https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol33num1/pelletier.pdf.

-PÉREZ de LOS COBOS ORIHUEL F., « Le Tribunal constitutionnel espagnol », *NCCC*, n°49, 2015, pp. 59-70.

-PEZANT J.-L., « Loi/règlement, la construction d'un nouvel équilibre », *RFSP*, n^{os} 4-5, 1984, pp. 922-954.

-PHILIP L., « Le Conseil constitutionnel » *in* D. Maus, L. Favoreu et J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958,* Economica, 1992, pp. 467-482.

-PHILIP L., « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *Pouvoirs*, n°13, 1980, pp. 67-86.

-PHILIP L., « Note sous déclaration du Conseil constitutionnel du 24 mai 1974 », *AJDA*, 1974, p. 376-379.

-PHILIP L., « La portée du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel (à propos de la décision du 27 décembre 1973) » *RDP*, n° 6, 1974, pp. 531-544.

-PHILIP L., « Les attributions et le rôle du Conseil constitutionnel en matière d'élections et de référendums », *RDP*, 1962, pp. 46-101.

-PHILIPPE C., « Le contentieux de l'élection présidentielle : aspects choisis », *Pouvoirs*, n°129, 2009, pp. 183-194.

-PICARD E., « Common law » *in* D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2014, pp. 238-245.

-PINA S., « Les imperfections du dispositif de présentation des candidats à l'élection présidentielle (à propos de Cons. const., 21 juin 2012) », *LPA*, n°185, 2012, pp. 3-6.

-PINARDS D., « De l'inhabilité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles », *in* P. Taillon, E. Brouillet et A. Binette (dir.), *Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay : un regard québécois sur le droit constitutionnel*, Éditions Yvon Blais, 2016, pp. 329-368.

-PINON S., « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits*, n°46, 2007, pp. 183-212.

-PIZZORUSSO A., « Les effets des décisions du juge constitutionnel », *AIJC*, 1995, pp. 11-16.

-PLATON S., « Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'État de droit ? » *RFDC*, n°5, 2008, pp. 97-116.

-PORTELLI H., « La réglementation des sondages et l'élection présidentielle », *NCCC*, n° 34, 2012, pp. 41-45.

-POUJADE B., « L'utilisation de l'indemnité représentative de frais de mandat pour financer une campagne électorale », *AJDA*, 2013, pp. 1062-1066.

-PRÉVOST J.-F., « Le droit référendaire dans l'ordonnancement juridique de la Constitution de 1958 », *RDP*, 1977, pp. 5-54.

-PRIET F., « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, n°17, 1994, pp. 59-85.

-PUIG P., « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD Civ.*, n°3, 2010, pp. 513-517.

-QUIRIGNY B., « La métamorphose de l'article 41 de la Constitution », *RFDC*, n°82, 2010, pp. 313-328.

-RAMBAUD R., « La nouvelle élection présidentielle en ordre de marche », *AJDA*, 2017, pp. 527-531.

-RAMBAUD R., « Confiance dans la vie politique : la révolution attendra... », *AJDA*, 2017, pp. 2237-2245.

-RAMBAUD R., « Le paquet de modernisation électorale », *AJDA*, 2016, pp. 1285-1293.

-RAMBAUD R. et SANNET M., « Financement de la vie politique : du droit électoral au droit comptable », *AJDA*, 2017, pp. 1164-1172.

-RAMBAUD R. et SALAS-RIVERA R., « Le contentieux direct des élections législatives 2017 », *AJDA*, 2018, pp. 1314-1321.

-RAYNARD J., « Domaines et thèmes des avis » *in L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, pp. 11-32.

-RÉMY-GRANGER D., « Le pouvoir de suffrage », *in* D. Chagnollaud et M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 2, Dalloz, 2012, pp. 369-412.

-RENOUX T., « Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution ? À propos de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel » *in Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, pp. 835-869.

-REVET T., « Rapport introductif » *in L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, pp. 1-8.

-RIALS S., « L'office du juge », *Droits*, 1989, pp. 3-20.

-RIBES D., « La répartition des compétences normatives entre loi et règlement », *AIJC*, n° XV, 1999, pp. 589-591.

-RICHAUD C., « La QPC à l'épreuve du contentieux électoral », *Constitutions*, 2015, pp. 278-280.

-RIVERO J., « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n°13, 1980, pp. 5-16.

-RIVERO J., « Rapport de synthèse », *in Le domaine de la loi et du règlement*, 2ème édition, Economica-Puam, 1981, pp. 261-273.

-RIVERO J., « Note sous la décision du 16 juillet 1971 », *AJDA*, 1971, pp. 537-542.

-ROBERT J., « Conclusion » in *Le Conseil constitutionnel a quarante ans*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 213-221.

-ROBLOT-TROIZIER A., « Les clairs-obscurs de l'invocabilité de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2015, pp. 493-502.

-ROBLOT-TROIZIER A., « Les principes constitutionnels du procès équitable ne sont pas applicables à l'enquête administrative préalable à la saisine de la Cour de discipline budgétaire et financière », *RFDA*, 2014, pp. 1218-1223.

-ROBLOT-TROIZIER A., « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *RFDA*, 2011, pp. 691-710.

-ROBLOT-TROIZIER A., « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, pp. 80-87.

-ROBLOT-TROIZIER A., « Les garanties constitutionnelles encadrant le découpage des circonscriptions électorales », *RFDA*, 2009, pp. 580-583.

-ROBLOT-TROIZIER A. et RAMBAUD T., « L'environnement au cœur des évolutions du contentieux constitutionnel. Chronique de jurisprudence. » *RFDA*, 2008, pp. 1237-1240.

-ROBLOT-TROIZIER A. et TUSSEAU G., « La validation des règles de publication des " parrainages " : entre habileté et résignation des juges », *RFDA*, 2012, pp. 531-534.

-ROSOUX G., « La Cour constitutionnelle de Belgique », *NCCC*, n° 41, 2013, pp. 201-214.

-ROUSSEAU D., « L'office du juge constitutionnel », *Justice et Cassation*, 2010, pp. 69-79.

-ROUSSEAU D., GADHOUN P.-Y. et BONNET J., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2015) », *RDP*, n° 1, 2016, pp. 305-340.

-ROUSSEL S. et NICOLAS C., « De l'injusticiabilité des actes de gouvernement », *AJDA*, 2018, pp. 491-497.

-ROUX J., « QPC et contrôle de caducité des dispositions législatives incompatibles avec une norme constitutionnelle postérieure », *JCP G*, n° 51, 2010, pp. 2396-2402.

-RRAPI P., « « L'incompétence négative » dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *CCC*, n°34, 2012, pp 163-171.

-SAINT-BONNET F., « Réflexion sur l'article 16 », *RDP*, 1998, pp. 1699-1718.

-SACCONE G., « La répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire. De l'utilité d'invoquer la violation des articles 34 et 37 alinéa 1 dans le cadre des saisines parlementaires. », *AIJC*, 1985, pp. 169-182.

-SARKOZY N., « Lettre du Président de la République au Premier ministre François Fillon », *RFDC*, 2008, pp. 255-260.

-SAVONITTO F., « QPC et protection des droits et libertés en matière électorale », *RDLF*, 2013, disponible à l'adresse : http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/qpc-et-protection-des-droits-et-libertes-en-matiere-electorale-article/.

-SÉNAC Ch.-E., « Ordonnances de l'article 38 et gouvernement titulaire de l'habilitation », *RGD*, n° 1858, 2008, disponible à l'adresse : https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/02/09/ordonnances-de-larticle-38-et-gouvernement-titulaire-de-lhabilitation/.

-SÉNAC Ch.-E., « Le renouveau de la jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie », n°6, *RDP*, 2013, p. 1453-1488.

-SERRAND P. et SZWEDO P., « Les explications doctrinales de l'injusticiabilité de l'acte de gouvernement : contribution à une typologie des injusticiabilités » *in L'injusticiabilité : émergence d'une notion ? Études publiées en hommage au Professeur Jacques Leroy*, Biblioteka Jagiellońska, 2018, pp. 63-76.

-SIMON D., « L'obscure clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, n° 10, 2006, pp. 2-3.

-SIRINELLI J., « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RDP*, n° 5, 2010, pp. 1367-1397.

-SCHOETTL J.-E., « La loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, n° 69, 2007, pp. 3-22.

-SCHOETTL J.-E., « Loi, histoire et déclassement », *LPA*, n° 34, 2006, pp. 3-6

-SCHOETTL J.-E., « La réforme des lois de financement de la sécurité sociale devant le Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2005, pp. 1030-1039.

-SCHOETTL J.-E., « La réforme du Sénat devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, n°159, 2003, pp. 6-18.

-SCHOETTL J.-E., « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 2002. 1è partie : des observations du Conseil à l'établissement de la liste des candidats », *LPA*, n°117, 2002, p. 7-16.

-SCHOETTL J.-E., « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 2002 - 2è partie : de l'établissement de la liste des candidats à la proclamation du candidat élu », *LPA*, n°118, 2002, p. 4-14.

-SCHOETTL J.-E., « Actes préparatoires aux élections législatives de juin 2002 », *LPA*, n° 111, 2002, pp. 13-16.

-SCHOETTL J.-E., « Le décret portant application de la loi n°62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel », *LPA*, n° 50, 2001, pp. 10-17.

-SCHOETTL J.-E., « Déchéance de plein droit d'un mandat parlementaire à la suite d'une condamnation », *LPA*, n° 204, 2001, pp. 12-13.

-SCHOETTL J.-E., « Le mode d'élection du Sénat doit permettre à celui-ci d'assurer la représentation des collectivités territoriales de la République », *LPA*, n°138, 2000, pp. 19-23.

-SCHRAMECK O., « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle de 1995 », *AJDA*, 1996, pp. 3-21.

-SCHWARTZ R., « Constitution et nationalité », *NCCC*, n°39, 2013, pp. 43-50.

-SOLOZABAL ECHAVARRIA J. J., « Espagne », *AIJC*, 2004, pp. 113-123.

-STIRN B., « Commentaire de l'avis n°60.497 du 6 février 1953 du Conseil d'Etat », *in Les grands avis du Conseil d'État*, 3ème édition, Dalloz, 2008, pp. 83-88.

-SUZANI N., « Une aporie de la justice constitutionnelle : l'impuissance du Conseil constitutionnel face à l'inconstitutionnalité de l'actuel découpage électoral pour les élections législatives de 2007 », *RFDC*, n°69, 2007, p. 145-159.

-TAILLEFAIT A., « La déchéance des parlementaires », *RDP*, 2001, pp. 157-200.

-TAP F., « L'abrogation différée d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel : que faire en cas de retard du législateur ? », *RFDA*, 2017, pp. 171-181.

-THIERS E., « Léo Hamon et la vocation du Parlement : les assemblées, le Conseil constitutionnel et le nouveau droit parlementaire en 1959 » *in L'œuvre de Léo Hamon*, Dalloz, 2012, pp. 35-58.

-TILLI N., « La modulation dans le temps des effets des décisions d'inconstitutionnalité *a posteriori* », *RDP*, n° 6, 2011, pp. 1591-1612.

-TORCOL S., « La loi organique de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle conforme à la Constitution : questions autour du contrôle de la " conformité de la loi organique aux observations du Conseil constitutionnel " » *Constitutions*, 2016, pp. 236-242.

-TREMBLAY L. B., « Les principes constitutionnels non-écrits : fondement épistémologique et normatif », Fac. Droit - Travaux et publications [512], 2009, disponible à l'adresse : https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/3014.

-TRÉMEAU J., « Contrôle par le Conseil constitutionnel de la conformité à la Constitution de la loi autorisant le Gouvernement, en application de l'article 38 de la Constitution à réformer la protection sociale », *D.*, 1997, p. 123.

-TRÉMEAU J., « Compétence de la loi organique pour déterminer la liste complémentaire des emplois publics pourvus en conseil des ministres », *D.*, 1997, p. 122.

-TRÉMEAU J., « Note sous décision n° 98-403 DC », *RFDC*, n° 36, 1998, pp. 765-774.

-TROPER M., « Interprétation » in *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2014, pp. 843-847.

-TROPER M., « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *CCC*, n°28, 2010, pp. 4-9.

-TROPER M., « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges » *in Le nouveau constitutionnalisme - Mélanges en l'honneur de Gérard Conac,* Economica, 2001, pp. 49-65.

-TUKOV C., « Une touche finale apportée par le Conseil constitutionnel à un tableau en "trompe-l'œil"? », *JCP G*, n° 52, 2013, pp. 2366-2368.

-TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences » *in La compétence*, Litec, 2008, pp. 101-126.

-TUSSEAU G., « « Le pouvoir des juges constitutionnels » *in* M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, Dalloz, 2012, pp. 169-206.

-URGIN A., « La recette des candidats », *Pouvoirs*, n°70, 1994, pp. 19-31.

-VALEMBOIS A.-L., « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *LPA*, n° 117, 2006, pp. 7-16.

-VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel n'est pas compétent », *Le Monde*, 14 septembre 1961.

-VEDEL G., « Préface », in G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, pp. IX-XV.

-VERPEAUX M., « Le nouveau référendum : mythe et réalités », *JCP G*, n°85, 2014, pp. 219-225.

-VERPEAUX M., « Les pouvoirs du Président de la République » *in* M. Verpeaux, P. de Montalivet, A. Roblot-Troizier et A. Vidal-Naquet, *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, 2ème édition, Puf, 2017, pp. 169-176.

-VERPEAUX M., « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite (à propos de la décision 2005-512 DC du Conseil constitutionnel (loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école)) », *D.*, 2005, pp. 1886-1890.

-VERPEAUX M., « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », *CCC*, n° 19, 2006, pp. 96-100.

-VERPEAUX M., « Les objectifs en droit constitutionnel », *in Les objectifs dans le droit*, Dalloz, 2010, pp. 85-99.

-VERPEAUX M., « Note sous décision n° 2000-430 DC », *LPA*, n°258, 2001, p. 10.

-VERPEAUX M., « Note sous décision n° 2001-444 DC », *LPA*, n°259, 2001, pp. 13-16.

-VERPEAUX M., « La réécriture - partielle - du droit de l'outre-mer. À propos de la décision du 15 février 2007 du Conseil constitutionnel », *JCP G*, n° 24, 2007, pp. 13-19.

-VERPEAUX M., « Les nouvelles régions sont constitutionnelles », *JCP A*, n° 12, 2015, pp. 26-30.

-VERPEAUX M., « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 30, 2011, pp. 13-22.

-VERPEAUX M., « Note sous décision n° 2001-444 DC », *LPA*, n°259, 2001, pp. 13-16.

-VERPEAUX M. et MATHIEU B., « Note sous décision n° 94-329 DC », *LPA*, n°38, 1995, pp. 4-6.

-VIALA A., « Les réserves d'interprétation : un outil de « resserrement » de la contrainte de constitutionnalité », *RDP*, 1997, pp. 1047-1067.

-VIDAL-NAQUET A., « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *NCCC*, n°46, 2015, pp. 5-19.

-(de) VILLIERS M., « La jurisprudence de ''l'état de la législation antérieure'' », *AJDA*, 1980, p. 387-397.

-(de) VILLIERS M., « Vers la neutralisation des articles 34 et 37 ? (Suite) », *RA*, 1983, pp. 360-364.

-(de) VILLIERS M., « La décision Conseil supérieur des Français de l'étranger des 16 et 20 avril 1982 », *RA*, 1982, pp. 506-509.

-VINCENT F., « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *AJDA*, 1965, pp. 564-576.

-VINCENT J.-Y., « Peine complémentaire ou peine automatique... Malaise autour de l'article 7 du code électoral », *AJDA*, 2005, pp. 435-437.

-VOISSET M., « Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16 », *Pouvoirs*, n°10, 1979, pp. 105-113.

-VOISSET M., « La reconnaissance de l'existence de principes généraux du droit par le Conseil constitutionnel (à propos de la décision du 26 juin 1969) », *JCP G*, 2290 bis, 1969, pp. 63-67.

-WALINE M., « Notes de jurisprudence », *RDP*, 1960, pp. 1011-1031.

-WILHELM B., « La Cour constitutionnelle de la République fédérale allemande », *RIDC*, Vol. 9, n°1, 1957, pp. 56-72.

-ZARKA J.-C., « À propos de l'inflation législative », *D.*, 2005, p. 660-661.

-ZOLLER E., « Présentation de la Cour suprême des États-Unis », *CCC*, n°5, 1998, pp. 34-43.

Rapports et études

-CONSEIL D'ÉTAT, *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national*, Les études du Conseil d'Etat, La documentation française, 2007, 87p.

-CONSEIL D'ÉTAT, Rapport public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit, 411p., disponible à l'URL :
https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports- publics/064000245/index.shtml.

-BALLADUR E. (Président), *Une V^{ème} République plus démocratique*, Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, La documentation française, 2007, 181p.

-GOASGUEN C. et MALLOT J., Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi, 64p., disponible à l'URL : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2094.asp.

-PORTELLI H., Rapport fait au nom de la Commission des lois relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 2009, 94p.

-ROMAN B., Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la Républiques sur les propositions de loi organique, 2000, 33p.

-SÉNAT, Les irrecevabilités législatives de nature constitutionnelle, 2017, 74p., disponible à l'URL :
https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/seance/MAJ_Sept_irrecevabilites_constit.pdf.

-SÉNAT, Les irrecevabilités législatives de nature constitutionnelle, 2009, 51p., disponible à l'URL : https://www.senat.fr/role/guide_irrecevabilites.pdf.

-STASI B., Rapport du Médiateur de la République pour 2000, 138p., disponible à l'URL : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=2936.

-TOUZET R., Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat n°313 relatif à la célébration du 8 mai, 14p., disponible à l'URL : https://www.senat.fr/rap/1978-1979/i1978_1979_0313.pdf.

-WARSMANN J.-L., Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, 188p., disponible à l'URL : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1375.asp.

-WARSMANN J.-L., Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n°820) de modernisation des institutions de la V^{ème} République, 626p., disponible à l'URL : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0892.asp.

Documents électroniques

Commentaires de décisions QPC

Commentaire de la décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/20104qpc/ccc_4qpc.pdf.

Commentaire de la décision n°2011-117 QPC du 8 avril 2011
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2011117qpc/ccc_117qpc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2012-226 QPC du 6 avril 2012
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012226qpc/ccc_226qpc.pdf.

Commentaire de la décision n°2012-233 QPC du 21 février 2012
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012233qpc/ccc_233qpc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2012-247 QPC du 16 mai 2012
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012247qpc/ccc_247qpc.pdf.

Commentaire de la décision n°2012-278 QPC du 5 octobre 2012
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012278qpc/ccc_278qpc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2013-338/339 QPC du 13 septembre 2013
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013338qpc/ccc_338qpc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2014-457 QPC du 20 mars 2015
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2014457qpc/2014457qpc_ccc.pdf.

Commentaire de la décision n°2016-590 QPC du 21 octobre 2016
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2016590qpc/2016590qpc_ccc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2016-595 QPC du 18 novembre 2016
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2016595qpc/2016595qpc_ccc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2018-763 QPC du 8 février 2019
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018763qpc/2018763qpc_ccc.pdf.

Commentaires de décisions DC

Commentaire de la décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier5/ccc_402dc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier11/ccc_445dc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier15/ccc_473dc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2004-493 DC du 26 février 2004
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier16/ccc_493dc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier19/ccc_512dc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier22/ccc_547dc.pdf.

Commentaire des décisions n° 2008-572 DC et n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier26/ccc_572_573dc.pdf.

Commentaire de la décision n°2009-579 DC du 9 avril 2009
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2009579dc/ccc_579dc.pdf

Commentaire de la décision n° 2010-603 DC du 11 février 2010
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2010603dc/ccc_603dc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013681dc/ccc_681dc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2014709dc/2014709dc_ccc.pdf.

Commentaire de la décision n°2015-718 du 13 août 2015
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2015718dc/2015718dc_ccc.pdf.

Commentaire de la décision n°2016-729 DC du 21 avril 2016
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2016729dc/2016729dc_ccc.pdf.

Commentaires de décisions SEN

Commentaire de la décision n°2011-4538 SEN du 12 janvier 2012
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/20114540sen/ccc_sen2011.pdf.

Commentaire du contentieux des élections sénatoriales du 28 septembre 2014
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/sen/2015/sen2014_ccc.pdf.

Commentaire de la décision n° 2014-4902 SEN du 12 février 2015
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/sen/2015/sen2014_ccc.pdf.

Commentaire de décisions AN

Commentaire des décisions des 13 et 20 juillet 2012 sur des réclamations dirigées contre les élections législatives de juin 2012
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/an/ccc_201207.pdf.

Commentaire de décision REF

Commentaire de la décision n°2005-31 REF du 24 mars 2005
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier18/ccc_240305_hauchemaille_meyet.pdf.

Commentaire de décision ELEC

Commentaire de la décision n° 2007-23 ELEC du 3 mai 2007
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier23/ccc_030507elec_jan.pdf.

Commentaire de décision L

Commentaire de la décision n° 99-186 L du 31 mai 1999
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier7/ccc_186l.pdf.

Comptes rendus des délibérations

Compte rendu des délibérations de la séance du 8 décembre 1960
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1960-12-08.pdf

Compte rendu des délibérations de la séance du 8 septembre 1961
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1961-09-08.pdf.

Compte rendu des délibérations de la séance du 14 septembre 1961, disponible à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1961-09-14.pdf.

Compte rendu des délibérations de la séance du 14 octobre 1965
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1965-10-14.pdf.

Compte rendu des délibérations de la séance du 6 mai 1980
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1980-05-06.pdf

Compte rendu des délibérations de la séance du 3 octobre 1988
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1988-09-23_pv1988-10-03.pdf

Compte rendu des délibérations de la séance du 29 octobre 1980
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1980-10-29.pdf.

Sites consultés

Site du Conseil constitutionnel (accès à la base de données de jurisprudences) :

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-type/les-decisions-an.114570.html

Site de l'Elysée :

http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-du-president-de-la-republique-devant-le-parlement-reuni-en-congres/.

Site du Bundesrat :

https://www.bundesrat.de/FR/homep./homep.-node.html

Site de la Cour constitutionnelle fédérale (accès à la base de données de la jurisprudence) :

http://www.servat.unibe.ch/dfr/

Site de la Cour suprême canadienne :

https://www.scc-csc.ca/home-accueil/index-fra.aspx

Site du ministère de la justice canadien :

http://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/just/03.html

INDEX DE JURISPRUDENCE

Les numéros renvoient aux pages.

Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne

BVerfGE 1, 30 juillet 1952, p. 396 ---- 300
BVerfGE 2, 7 mars 1953, p. 143 ------- 299
BVerfGE 3, 16 juin 1954, p. 407 ------- 292
BVerfGE 28, 24 février 1970, p. 66 --- 291
BVerfGE 37, 25 juin 1974, p. 363 ----- 291
BVerfGE 55, 11 mars 1980, p. 274 ---- 291
BVerfGE 108, 7 octobre 2003, p. 370 - 291
BVerfGE 114, 13 septembre 2005, p. 196 ---------- 291

Cour suprême américaine

Hayburn's Case, 2 U.S. 2 Dall. 409 409 (1792). ---------- 280
Marbury v. Madison, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803), p. 5 U. S. 166 ---------- 282
Muskrat v. United States, 219 U.S. 346 (1911). ---------- 281
Nixon v. Herndon, 273 U.S. 536 (1927), P. 273 U. S. 540 ---------- 282
Spector Motor Co. v. McLaughlin, 323 U.S. 101 (1944), P. 323 U. S. 105 --------- 281
Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) ----281, 282
INS v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).-- 282
Affiliated Tribes v. Wold Engineering, 467 U.S. 138 (1984), P. 467 U. S. 140 --- 281

Cour suprême canadienne

Reference re meaning of the word "Persons" in s. 24 of British North America Act, [1928] S.C.R. 276----- 312
Reference whether "Indians" includes "Eskimo", [1939] S.C.R. 104--------- 312
Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, [1980] 1 R.C.S. 54 ---------- 288
Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753---------- 314, 315
Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.), [1991] 2 R.C.S. 858---------- 314
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services, [1992] 2 R.C.S. 445 -------- 288
Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217-------- 287, 288, 313
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.), [2000] 1 R.C.S. 783 ---------- 314
Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 RCS 698, 2004 CSC 79---------- 288, 292, 312
Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457 ---------- 314
Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837---------- 316

Renvoi relatif à la Loi sur la radiodiffusion, 2012 CSC 4, [2012] 1 R.C.S. 142 --- 314

Autres juridictions

Juridictions canadiennes

Cour d'appel du Québec
(1981) C.A. 80---------- 315

Cour d'appel du Manitoba
(1981), 117 D.L.R. (3d) 1 ---------- 315

Cour d'appel de Terre-Neuve
(1981), 118 D.L.R. (3d) 1 ---------- 315

CJUE et CEDH

CJUE, 8 avril 1976, *Defrenne*---------- 135
CEDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c/Royaume-Uni* (n° 2) ---------- 367

TA et TC

TA de Rennes, 19 novembre 2009, *Syndicat CGT du personnel des résidences Maréva de Vannes* ---------- 422
TC, 4 juillet 2011, *Bidalou c/ Ministre du budget des comptes publics et de la réforme de l'État* ---------- 396

Cour de cassation

C. Cass, Crim., 11 mai 1833, *Paulin*--- 393
C. Cass., Crim., 21 août 1961, *Forhan* 301
C. Cass, Crim., 26 février 1974--------- 393
C. Cass. Com., 6 octobre 1992, *Entre Jean Lefèvre* ----------97
C. Cass., 2ème Ch. Civ., 8 juillet 2004 -- 136
C. Cass, Crim., 31 janvier 2012--------- 351

Conseil d'État

Avis du Conseil d'État

CE, Avis du 17 mai 2018 ---------- 420
CE, Avis du 6 février 1953 ---------- 82, 89

Arrêts du Conseil d'État

CE, 6 août 1912, *Maître* ---------- 370
CE, 9 mai 1913, *Roubeau*----------75
CE, 17 novembre 1922, *Légillon* ---------75
CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi* -- 393
CE, 1er février 1939, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais et du département des Bouches-du-Rhône* --97
CE, Ass., 7 janvier 1942, *Union nationale des associations de parents d'élèves de l'enseignement libre*----------75
CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres* ----------75
CE, 25 janvier 1957, *Société des Etablissements Charlionnais* ----------97
CE, Sect., 12 février 1960, *Société Eky*-- ---------- 409
CE, Ass., 27 octobre 1961, *Le Regroupement national* --------- 250, 252
CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens* ---------- 301, 312

CE, Ass., 13 juillet 1962, *Conseil national de l'Ordre des médecins*---------- 66
CE, 19 octobre 1962, *Brocas* ---------- 250
CE, Ass., 11 janvier 1963, *Rebeuf* ----- 370
CE, Ass., 6 mai 1966, *Chaix* ---------- 247
CE, 19 décembre 1969, *Dame Picard* --- 97
CE, 24 avril 1970, *Musereau* ---------- 383
CE, 29 avril 1970, *Comité des chômeurs de la Marne*---------- 253
CE, 10 juillet 1972, *Compagnie Air Inter* ---------- 97
CE, Ass., 10 mai 1974, *Barre et Honnet*---- 75
CE, 3 juin 1981, *Delmas*---------- 370
CE, 28 octobre 1988, *CNIP* ---------- 250
CE, 10 mai 1989, *Front calédonien*---- 252
CE, 11 juin 1990, *Congrès du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*- ---------- 98
CE, 10 juin 1991, *Chambre nationale des huissiers de justice*---------- 198
CE, 10 septembre 1992, *Meyet* --------- 250
CE, 7 février 1994, *Ghez* ---------- 97
CE, 2 octobre 1996, *Commune de Bourg-Charente*---------- 393
CE, 18 décembre 1996, *Elections municipales de Saint-Pierre-de-Mont [Landes]*---------- 386
CE, 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres*----- 199
CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres* ---------- 365
CE, Ass., 1er septembre 2000, *Larrouturou, Meyet et autres* ---------- 379
CE, 8 décembre 2000, *M. Hoffer* ---- 97, 98
CE, Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif « Toulouse football club »*---- 179
CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassikiliotis* --- 179
CE, Sect. 14 septembre 2001, *Marini*--248, 254
CE, 17 mai 2002, *Hoffer*----------97
CE, 30 juin 2003, *Fédération régionale ovine du Sud-est* ----------96
CE, 11 mai 2004, *Association AC !* ----422, 135
CE, 19 mai 2006, *Syndicat national des cadres supérieurs des chemins de fer* ---- 199
CE, Ass., 11 décembre 2006, *Conseil National de l'ordre des médecins*------96
CE, 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés* ---------- 422
CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy* ----------59, 205
CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux* ---------- 122
CE, 11 mars 2011, *M. Alexandre A.*---- 100
CE, 29 juin 2011, *Président de l'Assemblée de la Polynésie Française* ---------- 411
CE, 22 février 2012, *Mme Belot-Lammens* ----------93
CE, 15 mai 2013, *Commune de Gurmençon* ---------- 351
CE, 19 novembre 2014, *M. A. C. Conseil supérieur de la magistrature* --------- 411
CE, 23 janvier 2015, *M. Tirat*----------93

CE, 27 octobre 2015, *Fédération démocratique alsacienne* ---------- 373
CE, 7 juin 2017, *Régions et Peuples solidaires* ---------- 427
CE, 16 janvier 2018, *Union des ostéopathes animaliers c/ Premier ministre*------- 100

Conseil constitutionnel

Décisions du juge de la constitutionnalité

Décisions DC

n° 59-2 DC du 24 juin 1959---------- 46
n° 59-3 DC du 25 juin 1959---------- 46
n° 59-5 DC du 15 janvier 1960 --------- 268
n° 60-6 DC du 15 janvier 1960---- -----167, 409, 410
n° 60-8 DC du 11 août 1960----------68
n° 62-20 DC du 6 novembre 1962 - -----82, 305, 306, 333
n° 64-27 DC du 18 décembre 1964---68, 69, 70
n° 67-31 DC du 26 janvier 1967-------- 104
n° 70-41 DC du 30 décembre 1970 ---- 179
n° 71-44 DC du 16 juillet 1971-------26, 45, 53, 56, 388, 426, 429
n° 73-51 DC du 27 décembre 1973-------54
n° 74-54 DC du 15 janvier 1975--------- 41, 347, 387, 405
n° 75-56 DC du 23 juillet 1975--- 104, 127
n° 76-65 DC du 14 juin 1976------236, 238, 306
n° 76-67 DC du 15 juillet 1976 --------- 356
n° 76-73 DC du 28 décembre 1976 ----183, 184
n° 76-71 DC du 30 décembre 1976 ---- 324
n° 76-72 DC du 12 janvier 1977----- 89, 90
n° 77-82 DC du 20 juillet 1977 --- 162, 331
n° 77-89 DC du 30 décembre 1977 ---- 330
n° 77-92 DC du 18 janvier 1978----------65
n° 78-95 DC du 27 juillet 1978 ----------68
n° 78-97 DC du 27 juillet 1978 --------- 168
n° 78-102 DC du 17 janvier 1979 ------184, 185
n° 79-104 DC du 23 mai 1979 ------68, 168
n° 79-105 DC du 25 juillet 1979----------57
n° 79-110 DC du 24 décembre 1979--- 285
n° 80-117 DC du 22 juillet 1980----57, 169
n° 80-119 DC du 22 juillet 1980----------68
n° 80-126 DC du 30 décembre 1980-----76
n° 81-129 DC du 31 octobre 1981------ 357
n° 81-133 DC du 30 décembre 1981--- 330
n° 81-134 DC du 5 janvier 1982----- 85, 86
n° 81-132 DC du 16 janvier 1982---70, 71, 104
n° 82-139 DC du 11 février 1982----64, 68, 71
n° 82-141 DC du 27 juillet 1982----------78
n° 82-142 DC du 27 juillet 1982----- 62, 68
n° 82-143 DC du 30 juillet 1982-----40, 67, 71, 72, 76, 100, 106, 109, 161, 176, 177, 184, 187, 209, 428, 430
n° 82-154 DC du 29 décembre 1982--- 169
n° 82-155 DC du 30 décembre 1982---- 76, 169
n° 83-156 DC du 28 mai 1983 ----------99

n° 83-162 DC du 20 juillet 1983 --- 72, 110
n° 83-164 DC du 29 décembre 1983---264, 265
n° 83-165 DC du 20 janvier 1984 ------134, 214, 307
n° 83-167 DC du 19 janvier 1984 -------- 72
n° 83-168 DC du 20 janvier 1984 -- 64, 193
n° 84-170 DC du 4 juin 1984 ---------- 99
n° 84-173 DC du 26 juillet 1984 ---- 56, 63
n° 84-177 DC du 30 août 1984 --------- 105
n° 84-178 DC du 30 août 1984 --------- 105
n° 84-181 DC du 11 octobre 1984 -----310, 311, 356
n° 84-184 DC du 29 décembre 1984----- 76
n° 84-186 DC du 29 décembre 1984----- 76
n° 85-187 DC du 25 janvier 1985-- ----136, 235, 307, 346, 391, 410
n° 85-191 DC du 10 juillet 1985 ------- 169
n° 85-194 DC du 10 juillet 1985 - 409, 411
n° 85-195 DC du 10 juillet 1985 -------414, 415, 416
n° 85-196 DC du 8 août 1985----- 339, 420
n° 85-198 DC du 13 décembre 1985--- 265
n° 85-199 DC du 28 décembre 1985--- 169
n° 86-207 DC du 26 juin 1986---------- 61, 76, 90, 92, 93
n° 86-208 DC du 2 juillet 1986--------- 92, 93, 94, 248, 339, 340, 420
n° 86-210 DC du 29 juillet 1986-----61, 79, 357
n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 --- 79, 195, 347, 357
n° 86-218 DC du 18 novembre 1986 --339, 340, 420
n° 86-220 DC du 22 décembre 1986 --- 169
n° 86-221 DC du 29 décembre 1986 ---169, 173
n° 86-223 DC du 29 décembre 1986 --- 110
n° 86-224 DC du 23 janvier 1987---96, 97, 99, 162, 265, 266, 368
n° 86-225 DC du 23 janvier 1987 --38, 212
n° 87-227 DC du 7 juillet 1987 --------- 420
n° 88-242 DC du 10 mars 1988 --- 355, 357
n° 88-251 DC du 12 janvier 1989-------170
n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 ------258, 357
n° 89-254 DC du 4 juillet 1989 --------- 214
n° 89-258 DC du 8 juillet 1989 --------- 170
n° 89-261 DC du 28 juillet 1989----- 78, 79
n° 89-268 DC du 29 décembre 1989 --- 173
n° 89-265 DC du 9 janvier 1990 -------- 306
n° 89-271 DC du 11 janvier 1990- -----259, 348, 349, 350, 355, 357
n° 89-269 DC du 22 janvier 1990--- ---- 66, 127, 183, 185
n° 90-273 DC du 4 mai 1990---349, 350, 352, 360
n° 90-277 DC du 25 juillet 1990-------- 110
n° 90-280 DC du 6 décembre 1990 ---- 335
n° 90-281 DC du 27 décembre 1990 ---104, 266
n° 90-285 DC du 28 décembre 1990 --- 179
n° 90-287 DC du 16 janvier 1991 ------ 170
n° 91-298 DC du 24 juillet 1991-------- 283
n° 92-305 DC du 21 février 1992------- 105
n° 92-308 DC du 9 avril 1992---------- 383
n° 92-312 DC du 2 septembre 1992---- 390
n° 92-313 DC du 23 septembre 1992 -- 305

n° 93-321 DC du 20 juillet 1993 ------- 212
n° 93-322 DC du 28 juillet 1993 ------- 108
n° 93-325 DC du 13 août 1993 ----------78
n° 93-329 DC du 13 janvier 1994- -----163, 164, 331
n° 93-333 DC du 21 janvier 1994 --78, 357
n° 93-335 DC du 21 janvier 1994 ------ 170
n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 ----98
n° 94-348 DC du 3 août 1994----------- 117
n° 94-353/356 DC du 11 janvier 1995- 105
n° 95-363 DC du 11 janvier 1995 ------ 359
n° 94-359 DC du 19 janvier 1995 --------80
n° 94-358 DC du 26 janvier 1995 ------ 420
n° 95-366 DC du 8 novembre 1995----160, 165, 166
n° 95-370 DC du 30 décembre 1995---- 85, 88, 92
n° 96-373 DC du 9 avril 1996 ---------- 310
n° 96-375 DC du 9 avril 1996 ---------- 214
n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 ---------78
n° 96-380 DC du 23 juillet 1996 ------- 115
n° 96-386 DC du 30 décembre 1996--- 332
n° 97-389 DC du 22 avril 1997-----78, 121
n° 97-395 DC du 30 décembre 1997--- 136
n° 98-401 DC du 10 juin 1998----------66
n° 98-402 DC du 25 juin 1998------ 98, 173
n° 98-404 DC du 18 décembre 1998--- 195
n° 99-410 DC du 15 mars 1999---------234, 307, 346
n° 99-419 DC du 9 novembre 1999----114, 330, 331
n° 99-421 DC du 16 décembre 1999---- 88, 90, 210
n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 --------57
n° 2000-428 DC du 4 mai 2000---117, 183, 185, 357
n° 2000-429 DC du 30 mai 2000 ---78, 185
n° 2000-430 DC du 29 juin 2000 ------- 174
n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000 ------337, 338
n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000------ 78, 145, 326
n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000----- 112
n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000--185
n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000- ---------- 118, 119
n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001------64
n° 2001-443 DC du 1er février 2001 --- 239
n° 2001-444 DC du 9 mai 2001--- 335, 336
n° 2001-445 DC du 19 juin 2001 ------- 170
n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001----- 152
n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001 - 114
n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 --- 185
n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002 -----84
n° 2002-461 DC du 29 août 2002 --------63
n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002-- ---------- 117
n° 2003-468 DC du 3 avril 2003-----38, 78, 119
n° 2003-473 DC du 26 juin 2003----85, 92, 94, 211
n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003------79, 270, 345
n° 2003-480 DC du 31 juillet 2003----- 114
n° 2003-483 DC du 14 août 2003 ------ 134
n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 -85
n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003 ---63

n° 2004-493 DC du 26 février 2004 ---186, 187
n° 2004-496 DC du 10 juin 2004------- 122
n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004 ---- -78, 123, 326
n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004 ---- 123
n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 ----108, 123
n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 ---------- 377, 389
n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 -- 85, 215
n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005 ----- 83
n° 2005-512 DC du 21 avril 2005----73, 143
n° 2005-514 DC du 28 avril 2005-------- 60
n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005 -- 60, 213
n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005 ------ 85
n° 2005-526 DC du 13 octobre 2005 -- 157
n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005---------- 136
n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005---134
n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006 ---168, 173
n° 2006-533 DC du 16 mars 2006------ 174
n° 2006-534 DC du 16 mars 2006---84, 85, 170, 174
n° 2006-535 DC du 30 mars 2006---123, 174
n° 2006-536 DC du 5 avril 2006 ------- 239
n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 ---- 123
n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006---------- 57, 124
n° 2007-546 DC du 25 janvier 2007 ----- 90
n° 2007-547 DC du 15 février 2007----- 95, 247, 259, 341, 342
n° 2007-550 DC du 27 février 2007----108, 134
n° 2007-556 DC du 16 août 2007 --------57
n° 2007-559 DC du 6 décembre 2007 ---95
n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008---66, 81
n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 --- -----58, 59, 124, 125, 136
n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009-----238, 341, 343, 344, 471
n° 2009-577 DC du 3 mars 2009 ---------78
n° 2009-579 DC du 9 avril 2009---91, 147, 151, 154, 179
n° 2009-581 DC du 25 juin 2009 ------- 157
n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009----- 117
n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 - 406
n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009---59, 134
n° 2010-603 DC du 11 février 2010----154, 471
n° 2010-602 DC du 18 février 2010----- 99, 344, 353, 421
n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 ------- 406
n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010 - 147
n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010 ----- 270
n° 2011-628 DC du 12 avril 2011----- 323, 324, 406, 419
n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 -------- 155
n° 2011-639 DC du 28 juillet 2011----- 110
n° 2012-649 DC du 15 mars 2012---- ---73, 161, 207

n° 2012-650 DC du 15 mars 2012--- --- 57, 102, 212
n° 2012-652 DC du 22 mars 2012------ 108
n° 2012-658 DC du 13 décembre 2012--152
n° 2013-666 DC du 11 avril 2013-------- 60
n° 2013-667 DC du 16 mai 2013 --- 41, 155
n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 ------- 155
n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013---------- 329, 332, 472
n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013---134
n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013 110, 115
n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013--108
n° 2013-683 DC du 16 janvier 2014 ---156, 157
n° 2013-687 DC du 23 janvier 2014--85, 155
n° 2014-690 DC du 13 mars 2014------ 147
n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014 ------ 90
n° 2014-701 DC du 9 octobre 2014 ---- 128
n° 2014-706 DC du 18 décembre 2014-----111
n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015 ---150, 162, 164, 165, 360, 363, 472
n° 2015-712 DC du 11 juin 2015------- 360
n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015 ---- 112
n° 2015-715 DC du 5 août 2015----79, 110, 157
n° 2015-717 DC du 6 août 2015-------- 420
n° 2015-718 DC du 13 août 2015------106, 112, 157
n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016 ---- 91, 108, 112, 158
n° 2016-728 DC du 3 mars 2016 ------- 175
n° 2016-729 DC du 21 avril 2016 ------239, 240, 325
n° 2016-732 DC du 28 juillet 2016-----108, 170
n° 2016-734 DC du 28 juillet 2016----- 383
n° 2016-736 DC du 4 août 2016 -- 170, 175
n° 2016-737 DC du 4 août 2016 -- 170, 175
n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016-----170
n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016 ----158, 170, 175
n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016 - 170
n° 2016-742 DC du 22 décembre 2016 -------110
n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017 --- -56, 90, 175, 269
n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017-------59
n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017---89
n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017- 171
n° 2018-769 DC du 4 septembre 2018-111, 158, 171
n° 2018-761 DC du 21 mars 2018-------171
n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018 158, 171
n° 2018-771 DC du 25 octobre 2018--- 171
n° 2018-772 DC du 15 novembre 2018----------121, 171
n° 2019-778 DC du 21 mars 2019-------105, 118.

Décisions QPC

n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010 -- 399, 421

n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010------ 346

n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 --- 56,121, 131

n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010--354, 421

n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010 --- 79, 80, 470

n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010-- ---------- 267

n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010---- 114

n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010 - 57

n° 2010-28 QPC du 17 septembre 2010 ---- 132

n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010----134, 137, 422

n° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011 --- 128

n° 2010-102 QPC du 11 février 2011 -- 415

n° 2010-104 QPC du 17 mars 2011 ---- 415

n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011 ---- 422

n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011 -------- 60

n° 2011-117 QPC du 8 avril 2011------241, 351, 415

n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011------- 417

n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011--415

n° 2011-152 QPC du 22 juillet 2011---- 41, 206, 220

n° 2011-171/178 QPC du 29 septembre 2011---------- 128

n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011 ---------- 59, 137

n° 2012-233 QPC du 22 février 2012 --236, 237

n° 2012-247 QPC du 16 mai 2012- ----218, 219, 470

n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012 ----- 131

n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012 ---- 60, 137

n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012 -----99

n° 2012-269 QPC du 27 juillet 2012 ---- 60, 137

n° 2012-270 QPC du 27 juillet 2012 ---- 60, 137

n° 2012-278 QPC du 5 octobre 2012 --409, 411, 412

n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012 --- 60

n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012 ----------60, 133

n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012- ----------80

n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013 ----100, 220, 221, 417

n° 2013-336 QPC du 1er août 2013-----133, 134

n° 2013-338/339 QPC du 13 septembre 2013 ---------- 219, 470

n° 2013-343 QPC du 27 septembre 2013 ---------- 137

n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014 ---- 137

n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014 ---- 135

n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014---60, 128, 137

n° 2014-396 QPC du 23 mai 2014 -------60

n° 2014-400 QPC du 6 juin 2014------- 327

n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014-219, 220, 221

n° 2014-434 QPC du 5 décembre 2014 - 98
n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015 137
n° 2015-519 QPC du 3 février 2016 ----- 57
n° 2015-521/528 QPC du 19 février 2016 ---------- 339, 420
n° 2016-579 QPC du 5 octobre 2016 -- 137
n° 2016-595 QPC du 18 novembre 2016 ---------- 60, 61, 132
n° 2017-641 QPC du 30 juin 2017 ----- 354
n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017 -----326, 327, 328
n° 2017-4977 QPC / AN du 7 août 2017 ---------- 398, 400, 401, 402, 403
n° 2017-5256 QPC / AN du 16 novembre 2017---- 398, 400, 401, 403, 406, 407
n° 2017-688 QPC du 2 février 2018 --- 422
n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018 ----- 137
n° 2018-735 QPC du 27 septembre 2018- ---------- 80
n° 2018-761 QPC du 1er février 2019---- 99
n° 2019-769 QPC du 22 mars 2019 400
n° 2019-770 QPC du 29 mars 2019---- 422
n° 2019-772 QPC du 5 avril 2019.....278
n° 2019-773 QPC du 5 avril 2019.....327
n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019.....131

Décisions du juge de la répartition des compétences noramatives

Décisions L

n° 59-1 L du 27 novembre 1959----65, 202, 409
n° 60-5 L du 7 avril 1960 ---------- 126
n° 60-7 L du 8 juillet 1960 ----------69
n° 61-14 L du 18 juillet 1961 ----------63
n° 62-18 L du 16 janvier 1962----181, 182, 191, 192, 221
n° 62-19 L du 3 avril 1962 ---------- 51, 88
n° 63-22 L du 19 février 1963 ----------72
n° 63-24 L du 9 juillet 1963 ------- 191, 192
n° 63-25 L du 30 juillet 1963 ---------- 192
n° 64-27 L du 17 mars 1964----------64
n° 64-28 L du 17 mars 1964----------69
n° 64-31 L du 21 décembre 1964---------63
n° 65-34 L du 2 juillet 1965 ---------- 49, 50
n° 65-35 L du 2 juillet 1965----------69
n° 66-38 L du 10 mars 1966----------88
n° 67-44 L du 27 février 1967 ----------69
n° 67-46 L du 12 juillet 1967 ----------62
n° 68-50 L du 30 janvier 1968 ---------- 193
n° 69-53 L du 27 février 1969 ---- 217, 218
n° 69-55 L du 26 juin 1969---------- 75, 196, 217, 218
n° 69-57 L du 24 octobre 1969 ----------88
n° 70-59 L du 23 février 1970 ---------- 218
n° 70-61 L du 23 février 1970 ----------88
n° 72-73 L du 29 février 1972--------97, 101
n° 72-75 L du 21 décembre 1972---------75
n° 73-80 L du 28 novembre 1973----51, 72, 202
n° 76-89 L du 2 juin 1976 ----------65
n° 77-98 L du 27 avril 1977 ---------- 216
n° 77-101 L du 3 novembre 1977 ------ 215
n° 80-113 L du 14 mai 1980 --40, 191, 283
n° 80-115 L du 15 octobre 1980----------62

n° 80-116 L du 24 octobre 1980-------- 216
n° 82-126 L du 12 octobre 1982-------- 212
n° 82-127 L du 10 novembre 1982----- 218
n° 84-137 L du 4 juin 1984-- 197, 198, 212
n° 88-156 L du 6 avril 1988------- 196, 197
n° 88-157 L du 10 mai 1988---215, 218, 219
n° 88-158 L du 13 juillet 1988----196, 217, 218
n° 88-159 L du 18 octobre 1988----208, 213, 217
n° 91-166 L du 13 juin 1991 ---------- 63
n° 91-167 L du 19 décembre 1991 ------- 65
n° 92-169 L du 6 octobre 1992 --------- 208
n° 95-177 L du 8 juin 1995----51, 194, 195, 211, 218
n° 98-182 L du 6 mars 1998 ---------- 217
n° 99-184 L du 18 mars 1999---------- 211
n° 99-186 L du 31 mai 1999 ------ 193, 409
n° 2005-198 L du 3 mars 2005 --------- 220
n° 2005-202 L du 17 novembre 2005-- 215
n° 2013-241 L du 5 novembre 2013 ---101, 210
n° 2015-252 L du 29 janvier 2015 ----- 217
n° 2015-254 L du 9 avril 2015---------- 216
n° 2015-255 L du 21 avril 2015 -------- 217
n° 2017-269 L du 28 février 2017------ 101
n° 2018-272 L du 13 avril 2018 ----42, 208

Décisions FNR

n° 59-1 FNR du 27 novembre 1959-- ---69, 126, 160, 166, 201, 207
n° 61-2 FNR du 30 juin 1961 ---------- 161
n° 61-3 FNR du 8 septembre 1961---- -- 69, 160, 181
n° 61-4 FNR du 18 octobre 1961 -------161, 166, 181
n° 63-5 FNR du 11 juin 1963---160, 166, 207
n° 64-6 FNR du 22 mai 1964 ----- 160, 166
n° 66-7 FNR du 21 décembre 1966 ----160, 166, 182, 184, 207
n° 68-8 FNR du 27 novembre 1968---- 160
n° 77-9 FNR du 07 juin 1977 ----- 160, 203
n° 79-10 FNR du 26 avril 1979-----40, 150, 161, 162, 176, 204
n° 79-11 FNR du 23 mai 1979160, 161, 176, 203, 205
n° 2014-12 FNR du 1er juillet 2014 ----143, 148, 149, 156

Décisions du juge électoral

Décisions AN

n° 58-34 AN du 12 décembre 1958 ---- 369
n° 58-60 AN du 6 février 1959 --------- 385
n° 58-46 AN du 16 février 1959-------- 369
n° 58-110/128 AN du 23 avril 1959---- 429
n° 62-333 AN du 15 janvier 1963 ------ 369
n° 67-471 AN du 25 mai 1967---------- 323
n° 67-479 AN du 11 mai 1967---------- 323
n° 67-365/375 AN du 12 juillet 1967 -- 323
n° 78-874 AN du 12 juillet 1978 ------- 386
n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988 ---------- 41, 347, 388, 393, 405, 421

n° 88-1063/1067 AN du 8 novembre 1988 ---------- 412
n° 88-1113 AN du 8 novembre 1988 --323, 412, 413
n° 89-1129 AN du 11 mai 1989 -- 325, 355
n° 93-1197 AN du 8 juin 1993, A.N --- 412
n° 93-1370 AN du 30 septembre 1993 386
n° 93-1198 AN du 21 octobre 1993---- 352
n° 93-1325 AN du 21 octobre 1993---- 350
n° 93-1249 AN du 4 novembre 1993 -- 325
n° 93-1657 AN du 4 novembre 1993 -- 359
n° 93-1259/1373/1375/1376 AN du 17 décembre 1993 ---------- 350
n° 95-2078 AN du 19 janvier 1996 ---- 360
n° 97-2155/2157 AN du 14 octobre 1997 ---------- 384
n° 97-2176 AN du 14 octobre 1997---- 386
n° 97-2175 AN du 28 octobre 1997---- 325
n° 97-2267 AN du 25 novembre 1997- 384
n° 97-2173/2207 AN du 9 janvier 1998-- ---------- 352
n° 97-2230 AN du 6 février 1998 ------ 325
n° 2000-2581 AN du 30 mars 2000---- 346
n° 2002-2621/2666/2700 AN du 25 juillet 2002, A.N. ---------- 420
n° 2002-2637 et autres AN du 25 juillet 2002---------- 420
n° 2002-2704/2740/2747 AN du 25 juillet 2002, A.N ---------- 420
n° 2002-2769 AN du 25 juillet 2002--- 384
n° 2002-2625/2630/2678/2722 AN du 10 octobre 2002 ---------- 420
n° 2002-2671/2758 AN du 10 octobre 2002, A.N. ---------- 420
n° 2002-2686/2770/2771 AN du 10 octobre 2002 ---------- 384
n° 2002-2634/2701 AN du 24 octobre 2002 ---------- 420
n° 2002-2652/2768 AN du 14 novembre 2002 ---------- 384
n° 2002-2658 AN du 28 novembre 2002 ---------- 386
n° 2002-2660 AN du 5 décembre 2002--- ---------- 361
n° 2005-3409 AN du 13 octobre 2005------ 384
n° 2007-3423 et autres AN du 28 juin 2007 ---------- 420
n° 2007-3451/3452/3535/3536 AN du 12 juillet 2007 ---------- 420
n° 2007-3819 et autres AN du 12 juillet 2007 ---------- 420
n° 2007-3910 AN du 26 juillet 2007--- 386
n° 2007-3618/3749/3874 AN du 22 novembre 2007 ---------- 420
n° 2007-3901 AN du 22 novembre 2007 ---------- 385
n° 2007-3873/3900 AN du 20 décembre 2007 ---------- 347
n° 2012-4613 AN du 20 juillet 2012---353, 354
n° 2012-4618 AN du 18 octobre 2012- 402
n°2012-4565/4567/4568/4574/4575/4576/4577 AN du 18 octobre 2012----398, 400, 402, 408, 413
n° 2012-4623 AN du 24 octobre 2012- 386
n° 2012-4594 AN du 25 janvier 2013 - 322

n° 2012-4580/4624 AN du 15 février 2013 ---------- 398, 400, 402
n° 2012-4715 AN du 1er mars 2013 ----262, 361, 362.
n° 2013-4793 AN du 1er mars 2013 ---- 361
n° 2013-4795 AN du 1 mars 2013 -----262, 361, 362.
n° 2013-4845 AN du 12 avril 2013 ----261, 361
n° 2017-5165 AN du 4 août 2017, A.N ---- 402
n° 2017-5166 et autres AN du 4 août 2017 ---------- 402
n° 2017-4999/5007/5078 AN du 16 novembre 2017 ---------- 418, 419
n° 2017-5256 AN du 16 novembre 2017 ---------- 407
n° 2017-4999/5007/5078 AN QPC du 16 novembre 2017 ---------- 418, 419
n° 2017-5115 AN du 8 décembre 2017-- ---------- 361
n° 2017-5088 AN du 18 décembre 2017 ---------- 384
n° 2017-5092 AN du 18 décembre 2017 ---------- 431
n° 2017-5112 AN du 18 décembre 2017 ---------- 361
n° 2017-5052 AN du 2 février 2018, A.N. ---------- 381
n°2017-5090 AN du 2 février 2018 ---- 324
n° 2018-5532 AN du 4 mai 2018------- 262

Décisions SEN

n° 58-1 SEN du 4 décembre 1958 ------ 369
n° 58-5 SEN du 4 décembre 1958 ------ 369
n° 58-2/3/4 SEN du 17 janvier 1959 --- 369
n° 74-816/817/818 SEN du 5 février 1975 ---------- 384
n° 80-889 SEN du 2 décembre 1980 ---- 41, 388, 393, 421
n° 95-2064/2072 SEN du 29 novembre 1995 ---------- 413
n° 2004-3390/3395/3397 SEN du 2 décembre 2004 ---------- 346
n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012 - 41, 367, 394, 400
n° 2011-4539 SEN du 12 janvier 2012 -- 29
n° 2014-4909 SEN du 23 janvier 2015- ---------- 398, 400, 414, 415, 416
n° 2014-4907 SEN du 6 février 2015 -- 322
n° 2014-4902 SEN du 12 février 2015--386, 387, 431, 472
n° 2017-5267 SEN / QPC du 1er décembre 2017---------- 398, 400, 403
n° 2017-5259 SEN du 6 avril 2018----- 362

Décisions PDR

n° 58-1 PDR du 13 décembre 1958 ---- 369
n° 59-2 PDR du 8 janvier 1959 --------- 369
n° 69-18 PDR du 17 mai 1969----273, 274, 323
n° 2001-95 PDR du 14 mars 2001------247, 252, 372
n° 2002-109 PDR du 24 avril 2002 ---- 382

n° 2002-111 PDR du 8 mai 2002------- 382
n° 2007-138 PDR du 19 avril 2007 ---- 376
n° 2007-139 PDR du 25 avril 2007 ---- 386
n° 2012-151 PDR du 11 mai 2012 ----- 251
n° 2012-154 PDR du 10 mai 2012 ----- 385
n° 2017-166 PDR du 23 mars 2017--- --29, 398, 400, 403
n° 2017-169 PDR du 26 avril 2017 ---- 382
n° 2017-171 PDR du 10 mai 2017 -----321, 382, 384

Décisions REF

n° 60-2 REF du 17 décembre 1960 ---- 249
n° 60-2 REF du 23 décembre 1960 ----249, 250
n° 60-3 REF du 23 décembre 1960-- --249, 250
n° 62-6 REF du 3 avril 1962 ---------- 249
n° 88-13 REF du 25 octobre 1988------242, 249, 250
n° 88-14 REF du 9 novembre 1988 ----250, 384, 385
n° 92-16 REF du 15 septembre 1992 --249, 250
n° 92-18 REF du 18 septembre 1992 --249, 250
n° 92-19 REF du 23 septembre 1992 --234, 385
n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000 ----249, 250, 251, 372, 378
n° 2000-23 REF du 23 août 2000 252, 358
n° 2000-25 REF du 6 septembre 2000------ 252, 358
n° 2000-26 REF du 6 septembre 2000---------- 120, 252, 253, 261
n° 2000-28 REF du 11 septembre 2000 ---------- 252, 374
n° 2005-31 REF du 24 mars 2005------ 58, 252, 253, 376, 378, 388, 389
n° 2005-33 REF du 7 avril 2005-------- 252
n° 2005-34 REF du 7 avril 2005-------- 252
n° 2005-36 REF du 3 mai 2005--------- 253
n° 2005-37 REF du 25 mai 2005 -------251, 252, 377, 379
n° 2005-38 REF du 1er juin 2005 - 322, 385

Décisions ELEC

n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981-----41, 251, 371, 375
n° 82-2 ELEC du 16 avril 1982--- 372, 373
n° 88-4 ELEC du 4 juin 1988 ---------- 373
n° 88-5 ELEC du 4 juin 1988 ---------- 375
n° 88-6 ELEC du 13 juillet 1988 ------- 376
n° 88-7 ELEC du 13 juillet 1988 ------- 373
n° 95-10 ELEC du 8 juin 1995---------- 372
n° 97-14 ELEC du 10 juillet 1997------ 373
n° 2001-18 ELEC du 20 septembre 2001 ---------- 271, 375, 390, 394
n° 2002-19 ELEC du 22 mai 2002-- ---272, 384
n° 2004-21 ELEC du 5 juillet 2004 ---- 372
n° 2007-23 ELEC du 3 mai 2007-------247, 248, 271, 391, 473
n° 2012-25 ELEC du 7 juin 2012------- 372
n° 2017-27 ELEC du 27 juillet 2017-----33

Avis du conseiller

Avis rendus en application de l'article 16 de la Constitution

n° 61-1 AR16 du 23 avril 1961 --------- 294

Avis confidentiel relatif aux affectations des magistrats en fonction dans les départements algériens délibéré lors de la séance du 26 avril 1961 ---------- 308

Avis confidentiel relatif au projet de décision relatif à l'institution d'un Haut tribunal militaire délibéré los de la séance du 27 avril 1961 ---------- 310

Avis confidentiel relatif au projet de décision relative à l'interdiction des écrits périodiques apportant un appui à une entreprise de subversion délibéré lors de la séance du 27 avril 1961 ---------- 309

Avis confidentiel mettant fin à l'application de l'article 16 de la Constitution délibéré le 29 septembre 1961 ---------- 309, 310

Recommandations relatives aux élections

Élections présidentielles

n° 74-33 PDR du 24 mai 1974------21, 233, 234, 236, 238, 255

n° 88-61 PDR du 21 juillet 1988 -------234, 236, 244, 245, 256, 262

n° 95-93 PDR du 8 décembre 1995 ..... 234, 244

n° 2000-94 PDR du 22 juin 2000-------234, 257

n° 2002-129 PDR du 7 novembre 2002 ---------- 234, 236, 255, 256

n° 2007-142 PDR du 7 juin 2007-------234, 236, 255, 256, 325, 326

n° 2012-155 PDR du 21 juin 2012 ..... 234, 236, 239, 255, 326

n° 2017-172 PDR du 20 juillet 2017 ..... 37, 256

Élections parlementaires

n° 94-9 ELEC du 29 mars 1994 -- 234, 259

n° 98-15 ELEC du 4 juin 1998---- 235, 259

n° 2003-20 ELEC du 15 mai 2003 -----238, 247, 262, 272, 341, 391

n° 2005-22 ELEC du 7 juillet 2005 ----226, 238, 247, 257, 258, 259, 261, 262, 341

n° 2008-24 ELEC du 29 mai 2008 ---- --29, 238, 240, 248, 258, 259, 261, 262, 272, 341

n° 2013-26 ELEC du 11 juillet 2013---- 37, 234, 259, 261, 262, 362

n° 2019-28 ELEC du 21 février 2019---259, 262

Référendums

n° 2000-30 REF du 28 septembre 2000 ---------- 120, 243, 260, 261, 262

n° 92-20 REF du 6 octobre 1992----234, 260

INDEX THÉMATIQUE

Les numéros renvoient aux pages.

« A »

Actes de gouvernement _____ 253, 373, 464

Article 16 de la Constitution _ 8, 20, 28, 37, 38, 227, 284, 289, 292, 293, 294, 295, 297, 301, 302, 307, 308, 309, 310, 311, 433, 434, 438, 444, 452, 457, 475, 495

Autorité des décisions _____44, 207, 221, 271, 441, 459, 467

Avertissement _____ 29, 258, 262, 362

Avis de constitutionnalité _____193, 227, 231, 275, 283, 289, 296, 302, 307, 308

*« **B** »*

Bloc de constitutionnalité _____30, 41, 52, 53, 54, 56, 80, 239, 356, 388, 389

Brevet de constitutionnalité_____150, 176, 408, 410, 412, 415

*« **C** »*

Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (C.N.C.C.F.P) __ 262, 348, 350, 352, 359, 360, 362

Campagne électorale _____325, 326, 328, 360, 361, 362, 363, 375, 446, 463

Caractère formel de la loi _____ 67, 80, 492

Cavaliers législatifs _____90, 168, 169, 171, 172, 460

Changement de circonstances _____237, 267, 400, 406, 408, 412, 413, 414, 415, 416, 419, 432

Charte de l'environnement _____53, 58, 59, 60, 61, 133, 388, 389, 390, 491

Commission constitutionnelle provisoire _____ 368, 369

Compétence consultative_ 20, 37, 39, 226, 232, 233, 241, 250, 254, 276, 282, 286, 288, 289, 296, 303, 305, 307, 308, 313

Conditions de recevabilité d'une QPC_____397, 398, 399, 403, 407, 408, 414

Contrôle de conventionnalité_____41, 278, 394, 398, 404, 405, 406, 407, 431, 458

Contrôle des actes préparatoires _____ 254, 367, 368, 374

Cour constitutionnelle fédérale _____231, 289, 291, 292, 296, 298, 299, 300, 316, 453, 474

Cour suprême américaine _____ 280, 282, 298, 305, 495

Cour suprême canadienne _____283, 286, 287, 289, 312, 316, 318, 474, 495

*« **D** »*

Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) 8, 31, 53, 54, 55, 56, 76, 78, 127, 133, 157, 179, 235, 241, 309, 310, 323, 339, 346, 381, 390, 406

Découpage électoral _____271, 337, 338, 339, 340, 342, 343, 344, 353, 391, 420, 421, 445, 451, 466

Délégalisation 41, 73, 101, 107, 142, 146, 177, 189, 190, 192, 194, 196, 197, 198, 199, 202, 208, 209, 212, 213, 215, 217, 220, 222, 224, 428, 451

Délégation législative _____ 82, 87, 92, 132

Démocratie _ 26, 120, 293, 316, 324, 327, 338, 344, 356, 357, 366, 367, 380, 381, 382, 420, 432, 442, 445, 458, 462

Domaine de la loi 6, 35, 39, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 56, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 91, 93, 95, 96, 97, 101, 102, 104, 105, 107, 108, 109, 111, 112, 116, 118, 120, 121, 124, 126, 128, 132, 138, 141, 142, 145, 160, 177, 180, 181, 182, 184, 198, 199, 202, 203, 204, 205, 216, 279, 372, 428, 429, 430, 448, 451, 453, 457, 464

*« **E** »*

Égalité devant le suffrage _____262, 270, 271, 337, 338, 339, 341, 342, 343, 344, 345, 420

Entonnoir_____167, 172, 173, 174, 175, 269, 444

Étanchéité _____40, 42, 106, 148, 204, 254, 274, 282, 425

État de droit _____13, 47, 298, 367, 380, 426, 463

Études d'impact_____146, 147, 148, 154, 156, 158, 165, 187, 446, 449, 469

*« **F** »*

Fonction consultative 20, 35, 38, 199, 226, 227, 231, 233, 241, 248, 254, 260, 263, 274, 275, 276, 277, 280, 281, 282, 290, 293, 296, 298, 303, 312, 314, 317, 318, 433, 444, 458

Fonction juridictionnelle _____28, 74, 226, 233, 255, 274, 288, 312, 321, 433, 434

*« **G** »*

Gardien de la Constitution_ 15, 28, 31, 48, 140, 188, 206, 222, 223, 259, 285, 294, 356, 364, 392, 426, 428, 432

*« **H** »*

Hégémonie parlementaire _____ 25, 34, 431, 500

*« **I** »*

Immixtion _____32, 45, 89, 92, 94, 95, 97, 212, 263, 416, 430

Incompétence négative 6, 50, 72, 79, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 116, 118, 119, 121, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 141, 195, 224, 451, 458, 463, 464, 468

Injonctions parlementaires _____167, 178, 179, 183, 184, 185, 186, 187

Irrecevabilités législatives _____158, 161, 164, 165, 167, 171, 175, 176, 177, 187, 200, 205, 469

*« **J** »*

Juge ordinaire _____30, 31, 41, 44, 228, 365, 387, 388, 393, 396, 407, 423, 425, 441, 448, 450

Jurisprudence *Blocage des prix et revenus* _____100, 106, 113, 167, 181, 209, 214

Justice constitutionnelle __ 8, 14, 24, 26, 31, 34, 44, 230, 276, 279, 290, 305, 316, 344, 430, 438, 440, 442, 446, 453, 456, 457, 466

« ***L*** »

Légitimité _____188, 294, 344, 356, 366, 367, 425, 427, 428, 430, 434, 467

Loi d'habilitation_____82, 83, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 210, 340, 353, 492

« ***M*** »

Moyens soulevés d'office _____ 186, 343, 359

« ***O*** »

Objectif de valeur constitutionnelle_____ 74, 77, 79, 80, 326, 459

Office de juge constitutionnel _____ 17, 30, 31, 228, 392

Officium _____ 16, 19, 21, 274

Ordonnances 36, 39, 62, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 171, 198, 210, 221, 276, 279, 340, 344, 408, 409, 410, 411, 439, 441, 447, 449, 452, 457, 460, 465, 467

« ***P*** »

Parlementarisme rationalisé _____ 21, 26, 55, 84, 160

Partage des compétences _69, 83, 86, 90, 91, 93, 109, 127, 128, 129, 134, 135, 189, 191, 202, 207, 292

Porosité _____40, 42, 48, 233, 255, 275, 318

Pouvoir normatif _____67, 73, 74, 75, 77, 80, 83, 95, 445, 452, 492

Préambule de la Constitution de 1946_____53, 56, 57, 58, 78, 357, 456, 491

Principes généraux du droit_____74, 75, 76, 77, 365, 443, 468

Procédure FNR ____6, 145, 158, 161, 164, 165, 166, 176, 177, 178, 180, 181, 183, 184, 187, 224, 428

Projet de loi référendaire _____303, 304, 307, 374, 377, 379

Projets de décret _____ 193, 242, 243, 244, 248

Proposition de loi référendaire _____ 328

« ***R*** »

Règles démocratiques _____324, 325, 366, 387, 392, 432

Réserves d'interprétation__ 83, 92, 94, 95, 106, 113, 114, 115, 118, 150, 151, 191, 195, 196, 197, 198, 229, 237, 263, 327, 347, 348, 350, 351, 413, 427, 432, 443, 468

« ***S*** »

souveraineté_____14, 17, 22, 34, 39, 54, 57, 84, 94, 306, 310, 320, 324, 333, 367, 381, 401, 437

« ***V*** »

Vérification des pouvoirs _____22, 23, 25, 228, 320, 443, 449

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE 5
SIGLES ET ABRÉVIATIONS 7

Introduction 11
I. Le caractère polysémique du terme « office » 15
A. Les définitions du terme « office » 15
1. L'office du juge 15
2. L'office au sens de charge 18
B. L'originalité des offices du Conseil constitutionnel 20
1. Une diversité au service du parlementarisme rationalisé 20
2. Les quatre offices du Conseil constitutionnel 26
a. L'office de juge de la constitutionnalité 27
b. L'office de juge électoral 31
c. L'office de juge de la répartition des compétences normatives 33
d. L'office de conseiller 34
II. Le champ de recherche : l'articulation des divers offices du Conseil constitutionnel 38
A. Une articulation des offices sous le signe de la porosité et non de l'étanchéité 39
B. Problématique 42

Partie 1. L'affaiblissement du juge de la répartition des compétences normatives 46

Titre 1. L'empiètement du juge de la constitutionnalité sur l'office du juge de la répartition des compétences normatives 48

Chapitre 1 : L'élargissement du domaine de la loi par le juge de la constitutionnalité 50
Section 1 : Une compétence usurpée au moyen d'une interprétation du bloc de constitutionnalité 51
§1 : L'interprétation extensive du bloc de la constitutionnalité élargissant le domaine de la loi 52
A. L'habilitation du législateur fondée sur le Préambule de la Constitution de 1958 52
1. La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen comme source de compétence législative 53
2. Le Préambule de la Constitution de 1946 55
3. Une lecture rigoureuse de la Charte de l'environnement 57

B. L'interprétation extensive de l'article 34 60

1. Les « règles » relevant de la loi 61

2. Les principes fondamentaux déterminés par la loi 64

§2 : L'émancipation du juge de la constitutionnalité favorable au législateur 66

A. La consécration du caractère formel de la loi 66

1. La censure révolue des lois matériellement réglementaires 66

2. La distinction entre l'office du juge de la constitutionnalité et l'office du juge de la répartition des compétences normatives 69

B. Le pouvoir normatif du juge de la constitutionnalité, source de compétences législatives 73

1. La création par le juge de la constitutionnalité de principes généraux du droit .. 73

2. L'accroissement du domaine de la loi grâce aux objectifs de valeur constitutionnelle 76

Section 2 : Le juge de la constitutionnalité, gardien du domaine de la loi dans le cadre de l'application de l'article 38 80

§1 : Le contrôle rigoureux des habilitations législatives 81

A. Le contrôle de la loi d'habilitation 82

1. La censure des initiatives parlementaires 82

2. Des matières insusceptibles d'être déléguées 85

3. La nécessité de détailler la loi d'habilitation 88

B. L'utilisation des réserves d'interprétation pour limiter l'habilitation 91

§ 2 : L'intrusion du législateur dans des matières réglementaires autorisée par le juge de la constitutionnalité 94

Conclusion du chapitre 101

Chapitre 2 : L'incompétence négative : un subterfuge pour assurer une répartition des compétences normatives 102

Section 1 : Un moyen au service de la répartition des compétences normatives 104

§1 : Le contournement de la jurisprudence Blocage des prix et revenus par le juge de la constitutionnalité 105

A. La recevabilité du moyen d'incompétence négative ou l'identification d'une matière relevant du domaine de la loi 106

B. Le rejet de l'incompétence négative ou l'identification d'une matière réservée au pouvoir réglementaire 109

§2 : Les réserves d'interprétation directives corrigeant l'insuffisance du législateur 112

A. Une technique pour éviter la censure de la loi 112

B. La désignation de l'autorité compétente pour sauver la loi 115

1. Le pouvoir réglementaire désigné : l'identification d'une matière relevant du domaine réglementaire 115

2. Une matière relevant du domaine de la loi : le législateur désigné 117

Section 2 : La carence du législateur encourant une censure pour incompétence négative 118

§1 : L'inventivité du juge de la constitutionnalité pour purger les lois du vice d'incompétence négative 120

A. L'incompétence négative préférée à l'exigence de transposition des directives européennes 120

B. La distinction « mise en cause/mise en œuvre » au service de l'incompétence négative 125

§2 : L'incompétence négative identifiée lors d'une QPC 128

A. L'épuisement de la compétence du législateur au service de la protection des droits et libertés 128

1. La nécessité de prouver l'atteinte aux droits et libertés constitutionnels 129

2. La délégation législative censurée : la volonté d'imposer le respect des compétences normatives 131

B. La modulation dans le temps des effets d'une censure pour imprécision du législateur 134

Conclusion du chapitre 138

Conclusion du titre 140

Titre 2. L'effacement de l'office du juge de la répartition des compétences normatives au profit du juge de la constitutionnalité 141

Chapitre 1 : Le rôle décisif du juge de la constitutionnalité dans l'abandon de la procédure FNR 144

Section 1 : L'exercice hétérodoxe des compétences FNR par le juge de la constitutionnalité 145

§1 : L'analyse biaisée du contenu des études d'impact 146

A. La tentative de cloisonner ses offices 147

1. Une étanchéité défendue 147

2. La nécessité de respecter l'interprétation du juge de la constitutionnalité 149

B. Une compétence exercée par le juge de la constitutionnalité 152

§2 : L'examen du bien-fondé des irrecevabilités législatives en l'absence de saisine 157

Section 2 : La désuétude de la procédure FNR de l'article 41 imputable à la jurisprudence du juge de la constitutionnalité 164

§1 : La raréfaction des irrecevabilités législatives due à l'encadrement du droit d'amendement 166

A. La censure des cavaliers réduisant les irrecevabilités de l'article 41 167

B. L'abandon de l'irrecevabilité en raison de la règle de l'entonnoir 171

§2 : Lois matériellement réglementaires et l'utilité du mécanisme FNR 175

§3 : La censure des injonctions parlementaires : une compétence usurpée par le juge de la constitutionnalité 178

A. L'utilisation révolue de l'article 41 de la Constitution pour surmonter une injonction parlementaire 179

B. Des injonctions parlementaires désormais censurées par le juge de la constitutionnalité 182

Conclusion du chapitre 186

Chapitre 2 : Les imbrications des offices valorisant le juge de la constitutionnalité 188

Section 1 : L'exercice d'un contrôle de constitutionnalité par le juge de la répartition des compétences normatives 189

§1 : Le rôle du juge de la constitutionnalité dans la procédure de délégalisation 189

A. Le contrôle de constitutionnalité indirect des décrets 190

B. Le refus de censurer une disposition jugée inconstitutionnelle 193

C. La « délégalisation sous réserve » pour éviter une inconstitutionnalité future 195

§2 : Les examens de constitutionnalité contenus dans les décisions FNR 199

A. Des décrets conformes au partage constitutionnel des compétences 200

B. Le constat d'empiètement des décrets sur le domaine de la loi 202

Section 2 : L'autorité des décisions du juge de la répartition des compétences normatives affaiblie par le juge de la constitutionnalité 206

§1 : Des décisions L non respectées par le juge de la constitutionnalité a priori 208

A. Des dispositions réglementaires abrogées par un texte législatif déclaré conforme à la Constitution 208

B. La conformité à la Constitution des lois modifiant des dispositions jugées réglementaires 212

C. L'effectivité des décisions L en question 213

§2 : Le juge de la constitutionnalité a posteriori attentif aux décisions L 217

Conclusion du chapitre 221

Conclusion du titre 222

Conclusion de la Partie 223

Partie 2. L'impérialisme du juge de la constitutionnalité 225

Titre 1. Un conseiller doté d'attributs juridictionnels 229

Chapitre 1 : L'emprise du conseiller sur le juge 231

Section 1 : Le pouvoir d'imposer ses recommandations 232

§1 : Un juge de la constitutionnalité influencé 234

A. Une influence peu perceptible 235

B. La présomption de constitutionnalité des dispositions législatives s'inspirant des observations 237

§2 : Des avis contraignants grâce aux offices contentieux 240

A. La consultation sur les projets de décret : un rempart contre les risques d'irrégularité 241

B. L'exercice d'une compétence contentieuse ou le moyen d'exiger le respect de ses avis 245

1. Un juge électoral parfois inflexible 245

2. Un juge électoral incité par le conseiller 247

Section 2 : La porosité de l'office consultatif 254

§1 : La mention de la fonction juridictionnelle dans la formulation des observations ... 254

A. L'interprétation des décisions du juge de la constitutionnalité par le conseiller 257

B. Des suggestions répartissant les compétences normatives 259

C. Un juge électoral omniprésent dans les observations 260

§ 2 : L'immixtion de l'office consultatif dans les décisions juridictionnelles 262

A. Des suggestions consacrées dans les décisions du juge de la constitutionnalité 262

1. La censure suivie de recommandations 262

2. Les avis rendus par le juge de la constitutionnalité touchant à un problème d'interprétation 267

3. L'expression d'un regret à l'occasion d'une décision de conformité 268

B. Les incitations à légiférer du juge électoral 270

Conclusion du chapitre 273

Chapitre 2 : Un examen de constitutionnalité consultatif 275

Section 1 : Des juges de la constitutionnalité consultés 278

§1 : Le refus de rendre des avis d'interprétation 279

A. Le refus persistant de la Cour suprême américaine 279

B. Le refus circonstancié : l'étanchéité des offices proclamée 281

1. La délimitation des attributions consultatives par le Conseil constitutionnel 282

2. La prudence de la Cour suprême canadienne 285

§2 : Le contrôle de constitutionalité exercé à l'occasion d'une consultation 288

A. Un moyen d'éviter les inconstitutionnalités futures : les cas allemand et canadien 288

B. L'opportunité d'une application de l'article 16 de la Constitution 292

Section 2 : La portée des avis 295

§1 : Des avis dénués de force juridique 296

§2 : Des avis de constitutionnalité 301

A. L'apparition d'un contrôle de constitutionnalité dans les avis rendus par le Conseil constitutionnel 301

1. Le contrôle de constitutionnalité des projets de loi référendaire 301

2. Les avis sur les mesures présidentielles de l'article 16 de la Constitution 307

B. L'examen de constitutionnalité opéré par la Cour suprême canadienne dans sa fonction consultative 311

Conclusion du chapitre 316

Conclusion du titre 318

Titre 2. L'attraction de l'office du juge de la constitutionnalité sur le juge électoral 320

Chapitre 1 : Le juge de la constitutionnalité : un acteur du processus électoral 323

Section 1 : Des scrutins fondés sur des bases démocratiques grâce au juge de la constitutionnalité 324

§1 : La contribution du juge de la constitutionnalité préalable aux scrutins 325

A. La régulation du temps de parole des candidats assurée par le juge de la constitutionnalité 325

B. Le contrôle de la constitutionnalité d'une proposition de loi référendaire 328

§2 : La sincérité des scrutins préservée par le juge de la constitutionnalité 334

A. Le contrôle relatif à la périodicité des élections 335

B. La protection de l'égalité devant le suffrage pour éviter une annulation globale des élections 337

1. La composition du collège électoral 337

2. Un découpage électoral contrôlé par le juge de la constitutionnalité 338

a. Le contrôle peu rigoureux de la carte électorale par le juge de la constitutionnalité 339

b. Le renforcement du contrôle du juge de la constitutionnalité 341

Section 2 : Le contentieux électoral lié au contentieux de la constitutionnalité 345

§1 : Les décisions du juge de la constitutionnalité au service du juge électoral 347

A. Les réserves interprétatives du juge de la constitutionnalité suivies par le juge électoral 348

B. L'utilisation des décisions du juge de la constitutionnalité par le juge électoral 352

1. Les décisions du juge de la constitutionnalité au fondement de celles du juge électoral 352

2. Le prolongement de la jurisprudence du juge de la constitutionnalité par le juge électoral 354

§2 : Les solutions du contentieux électoral confirmées par le juge de la constitutionnalité 358

Conclusion du chapitre 364

Chapitre 2 : Le juge électoral : garant de la Constitution 365
Section 1 : Un juge électoral, gardien des règles démocratiques 366
§1 : Le contrôle des actes préparatoires interdisant la tenue d'un scrutin inconstitutionnel 367
A. L'exercice tardif du contrôle des actes préparatoires aux scrutins 368
1. Le refus initial de connaître des actes préparatoires 368
2. Les actes préliminaires désormais contrôlés par le Conseil constitutionnel 371
B. L'examen de la conformité des actes préparatoires à la Constitution 374
1. L'examen du respect des contraintes formelles de la Constitution 374
2. L'examen dissimulé du projet de loi soumis au référendum 378
§2 : Le contrôle de l'élection : les sanctions prononcées par le juge électoral dans l'hypothèse d'un scrutin inconstitutionnel 380
A. L'annulation des opérations électorales 381
B. La réformation des résultats 385
§3 : L'exercice incident de compétences du juge de la constitutionnalité par le juge électoral 387
A. La conformité d'un traité affirmée par le juge électoral 387
B. Le constat d'inconstitutionnalité d'une loi par le juge électoral 390
Section 2 : La transformation du juge électoral en juge de la constitutionnalité 393
§1 : L'irruption du contrôle de constitutionnalité a posteriori dans le contentieux électoral 394
A. La nouvelle compétence du juge électoral 394
B. La primauté des QPC dans le contentieux des élections 398
1. L'examen peu rigoureux des conditions de recevabilité des QPC 398
2. La faveur accordée à la QPC dans le contentieux électoral 402
3. La priorité du contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité 405
§2 : Le bilan des QPC examinées par le juge électoral 407
A. Des dispositions législatives peu contrôlées 408
1. L'intransigeance du juge électoral pour accepter le changement de circonstances 408
2. Un changement de circonstances rarement admis 414
B. L'office du juge de la constitutionnalité influencé par le contentieux électoral 417
C. Les conséquences sur les opérations électorales 420
Conclusion du chapitre 423
Conclusion du titre 425
Conclusion de la Partie 426
Conclusion 427

BIBLIOGRAPHIE 436
Ouvrages 436
Thèses 441
Articles et contributions 444
Rapports et études 466
Documents électroniques 467
Sites consultés 471

INDEX DE JURISPRUDENCE 472
Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne 472
Cour suprême américaine 472
Cour suprême canadienne 472
Autres juridictions 473
CJUE et CEDH 473
TA et TC 473
Cour de cassation 473
Conseil d'État 473
Conseil constitutionnel 475
Décisions du juge de la constitutionnalité 475
Décisions DC 475
Décisions QPC 480
Décisions du juge de la répartition des compétences noramatives 481
Décisions L 481
Décisions FNR 482
Décisions du juge électoral 482
Décisions AN 482
Décisions SEN 484
Décisions PDR 484
Décisions REF 485
Décisions ELEC 485
Avis du conseiller 486
Avis rendus en application de l'article 16 de la Constitution 486
Recommandations relatives aux élections 486
Élections présidentielles 486
Élections parlementaires 486
Référendums 486

INDEX THÉMATIQUE 487
TABLE DES MATIÈRES 492

L’articulation des offices du Conseil constitutionnel

Contrairement à la volonté affichée du Conseil constitutionnel, ses offices ne sont pas étanches. La Haute instance est saisie sur le fondement de divers articles de la Constitution qui déterminent quel office est sollicité. Le Conseil constitutionnel ne dispose pas de marge de manœuvre puisqu’il ne peut s’évader de l’objet de la saisine. Plusieurs compétences se regroupent dans un office. Quatre offices sont identifiés : l’office de juge de la constitutionnalité protégeant le texte constitutionnel ; l’office de juge électoral chargé de statuer sur les réclamations relatives aux scrutins nationaux ; l’office de juge de la répartition des compétences normatives déterminant si la compétence relève du législateur ou du pouvoir réglementaire et l’office de conseiller devant aviser les pouvoirs publics.

Conçu pour lutter contre l’hégémonie parlementaire, l’office du juge de la répartition des compétences normatives du Conseil constitutionnel devait être sa principale raison d’être.

Or, le juge de la constitutionnalité a volontairement affaibli cet office pour que la Haute instance ne soit plus assimilée à un auxiliaire du Gouvernement.

De plus, l’office de juge de la constitutionnalité s’est immiscé dans les décisions du juge électoral. Ce dernier peut désormais contrôler la constitutionnalité d’une loi *a posteriori*. De même, les avis, émis par le conseiller, contiennent des examens de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel articule ses offices de façon à favoriser l’un d’eux. L’office de juge de la constitutionnalité a été utilisé pour assurer l’avenir du Conseil constitutionnel en facilitant son intégration dans le paysage juridictionnel français.

Conseil constitutionnel – Offices – Porosité

Titre en anglais

Despite the French Constitutional Council intents, its roles are not airtight. The highest constitutional authority can be seized based on various articles of the Constitution which determine which jurisdiction is in fact solicited. The Constitutional Council has no leeway since it can’t evade the subject of the referral. Multiple functions can be grouped in a role. In fact, four roles can be identified: the role of constitutional Judge which consists of protecting the constitutional text; the role of electoral Judge responsible for ruling on claims related to national elections; the role of Judge of distribution of normative powers determining whether jurisdiction falls within the legislator or the regulatory power; and the role of adviser of the public authorities.

Originally designed to tackle parliamentary hegemony, the role of Judge of the distribution of the normative powers was the main purpose of the French Constitutional council. However, the Judge of constitutionality has voluntarily weakened this role in order for the High Authority to no longer be assimilated as an auxiliary of the Government.

In addition, the role of constitutional Judge interfered with the decisions of the electoral Judge. The latter can now perform a posteriori control of the constitutionality of a law. Similarly, the opinions issued by the advisor-Judge can also contain constitutional examinations.

The French Constitutional Council articulates its roles so as to favour one of them. The role of Constitutional Judge has been used to ensure the future of the Constitutional Council by facilitating its integration into the French jurisdictional landscape.

Constitutional Council – Roles – Porosity

Discipline : SCIENCES JURIDIQUES

Spécialité : Droit public

Université de Reims Champagne-Ardenne

CEJESCO - EA 4693

Bâtiment 13 Recherche 57bis rue Pierre Taittinger

51096 REIMS cedex