

LES DÉCISIONS DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL
ET LE JEU POLITIQUE

P OUR ÊTRE LARGEMENT RÉPANDU, l'usage de la métaphore ludique dans l'analyse de la vie politique comporte bien des incertitudes. Dans la littérature politiste contemporaine, l'expression « jeu politique » véhicule en effet au moins deux images largement contradictoires. La première est celle d'un monde régulé par des conventions qu'il appartient à l'observateur de décoder et de formaliser ; cette orientation trouve son expression la plus rigoureuse dans les tentatives de modélisation mathématique inspirées de la théorie des jeux¹. La seconde évoque des pratiques indifférentes aux enjeux de la décision politique, un *happening* inconséquent, où « rien n'est généralisable, ou "modélisable"² ». Et les travaux des constitutionnalistes entretiennent une ambivalence comparable. Deux clichés s'y croisent : le « jeu politique » est tantôt un ensemble de comportements définis et encadrés par une règle (selon une formule abondamment utilisée, « la Constitution est la règle du jeu politique »), tantôt une pratique qui en perturbe l'ordonnance, dévoie ou transforme la règle : « L'épuration constitutionnelle initiale peut se trouver gauchie par la coutume et le "jeu politique"³. »

29

L'invention du Conseil constitutionnel paraît mettre un terme à l'équivoque, au moins pour les constitutionnalistes. N'est-il pas « l'arbitre du jeu politique », l'intervenant extérieur qui en garantit le

1. Voir Alain Longhi-Marengi, « Théorie des jeux et politique. Commentaires sur un domaine d'application », Table ronde « Politique et jeu », 4^e Congrès de l'AFSP, 1992, dactylographié.

2. Guy Thuillier, *Le Jeu politique*, Economica, 1992, p. 2, souligné par l'auteur.

3. Michel Bouissou, *Encyclopaedia universalis*, v. « Bicamérisme ou bicaméralisme ».

bon déroulement ? L'image est déclinée avec insistance, d'autant qu'elle réconcilie les deux points de vue. Le jeu est stabilisé, les comportements déviants sanctionnés et les transformations furtives de la règle définitivement empêchées. Les acteurs peuvent changer, des situations de jeu inédites surgir, ni la nature ni les règles du jeu ne s'en trouveront modifiées. Veillant au respect de la Constitution, le Conseil constitutionnel permet au jeu, à ce jeu-là, de se jouer et de se jouer durablement.

30 Mais est-ce encore un jeu ? D'autres images surgissent, propres à en faire douter. En introduisant de « l'ordre » dans la vie politique, le Conseil constitutionnel n'en ôte-t-il pas la fantaisie sans laquelle le « jeu » n'en serait plus tout à fait un ? La « pacification de la vie politique » est-elle seulement la fin, provisoire, d'une partie ou bien plutôt la fin du jeu ? N'en élimine-t-elle pas l'élément « agonique », le privant d'une grande partie de son sens ? « Saisie par le droit », la politique est-elle seulement contenue et régulée, ou plutôt figée, comme vitrifiée ? Sans solliciter à l'excès les propos des commentateurs, on pourrait en conclure que seuls le poids des habitudes et une convention linguistique dépassée expliquent l'usage persistant de la vieille analogie. Imposant le respect du *game*, le juge évincerait le *play* de la vie des institutions ; « nouvel intervenant dans le jeu politique⁴ », il sifflerait non seulement les fautes mais la fin de la récréation.

Or, le jeu n'est pas mort. Désormais régulé par l'activité du Conseil, il devient paradigme et contribue à servir l'ambition explicative des constitutionnalistes. Et loin d'affaiblir l'autorité de la Constitution, c'est le « jeu du jeu » qui en est la meilleure garantie. Certaines pratiques contentieuses y génèrent cependant de l'incertitude ; introduisant du « jeu dans le jeu », elles en perturbent le sens.

LA CONSTITUTION DU JEU

Pour assimiler la Constitution à un jeu, il faut, paradoxalement, se garder d'assimiler le jeu à ses principes constitutifs.

Le terme de « constitution » renvoie en effet à deux significations. La première, traditionnelle, y voit simplement une règle déterminant le comportement d'organes soumis à des obligations. C'est cette conception qui appelle le contrôle, fournit au contrôleur une manière de justifier ses décisions et les fait apparaître comme prévenant ou sanction-

4. Louis Favoreu, *La Politique saisie par le droit*, Economica, 1988, p. 7.

nant les violations de la règle. La métaphore du jeu paraît alors s'imposer, qui fait du contrôleur un arbitre.

Elle se heurte pourtant à une sérieuse objection. Car si le comportement des joueurs est entièrement dicté par la règle, c'est un jeu sans jeu et la figure de l'arbitre n'y a pas de place. Et il en va de même si le jeu lui échappe et se déroule hors contrôle, car c'est la règle elle-même qui se trouve alors menacée⁵. Tout jeu suppose en effet une tension entre « un pôle de régulation, de convention, de répétition d'une part, et un pôle de hasard, d'inventivité et de fantaisie d'autre part⁶ ». Cette tension ne résulte pas de la juxtaposition d'un secteur régulé et d'un autre qui ne le serait pas, mais de la combinaison intime de deux principes contraires : l'ordre et le désordre. « Il n'y a de jeu, que s'il y a du jeu : trop de jeu et tout se disloque, la partie verse dans le non-sens ; pas assez de jeu et tout se bloque, le sens se fige en une répétition stérile⁷. » Jouer à la bataille n'amuse que les enfants.

31

Réduisant le jeu au seul pôle de la régularité, l'analogie traditionnelle bute sur cette première signification de la Constitution qui apparaît ainsi peu propice à son exploitation comme modèle explicatif du comportement des acteurs.

En un second sens, la Constitution est un « système⁸ ». À l'inverse de la représentation courante, ce sont les acteurs qui, alors, déterminent son fonctionnement. Dotés de compétences à l'interprétation desquelles ils participent, ils s'efforcent d'accroître leurs pouvoirs et leur espace de liberté. Le texte constitutionnel est alors comme la règle d'un jeu dont les joueurs se servent ; ils y puisent les ressources dont ils espèrent des gains. La règle détermine qui joue et comment on doit jouer pour jouer à ce jeu-là : elle en fixe les règles constitutives⁹. Mais elle ne dit pas comment jouer pour gagner ; l'habileté des joueurs, leur « sens du jeu » et leur désir de vaincre y pourvoient.

5. « La cohabitation, note ainsi Louis Favoreu, a montré que le Conseil constitutionnel n'était pas un véritable arbitre, car il n'a pu contrôler que certains acteurs du jeu politique : il a pu soumettre au respect de la règle de droit le Parlement et, indirectement, le gouvernement, mais non le président de la République », *ibid.*, p. 115.

6. *Dictionnaire d'Éguilles*, v. « Jeu ».

7. Michel van de Kerchove et François Ost, *Le Droit ou les Paradoxes du jeu*, PUF, 1992, p. 36.

8. Voir Michel Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *Pouvoirs*, n° 4, 1978, p. 70.

9. Sur cette notion, voir Amedeo G. Conte, « L'enjeu des règles », *Droit et Jeu. Variations interdisciplinaires, Droit et Société*, n°s 17-18, 1991, p. 125.

Ainsi envisagée, la Constitution n'a pas d'arbitre, si l'on entend par là une autorité extérieure au jeu, chargée d'en surveiller la régularité. Le « juge constitutionnel » n'est lui-même qu'un acteur ; il participe au jeu *avec* les autres.

Ce qui ne signifie pas qu'il le fasse dans les mêmes conditions et avec les mêmes instruments qu'eux. Chacun des joueurs est en effet dans une situation particulière, puisque les positions sont différentes et n'offrent pas les mêmes capacités de mouvement.

C'est la nature propre de ses moyens qui définit le juge constitutionnel. Tout comme, sur l'échiquier, le déplacement des pièces désigne le « fou » et le distingue du « cavalier », il faut, pour être « juge constitutionnel », jouer d'une certaine manière, obéir à certaines conventions. Ces conventions ne sont d'ailleurs pas unanimement admises, comme 32 l'ont montré, au début de la V^e République, les controverses sur la nature du Conseil constitutionnel, et elles peuvent varier sous l'effet du discours doctrinal. Mais on y trouve quelques constantes et une exigence minimale : il faut, pour être « juge constitutionnel », justifier *chacune* de ses décisions par l'obligation qu'on a de la prendre, et uniquement par cela. C'est donc essentiellement la forme de son activité qui caractérise son mode de participation au jeu et le définit en tant que joueur.

Cette manière de se comporter lui est imposée par l'organisation générale du système – spécialement par ce qui, dans ce jeu, a trait à son entrée en jeu – et par le souci de l'autorité de ses décisions. Mais la répétition du procédé génère des contraintes pesant sur *toutes* les décisions qu'il prend¹⁰. Obligé d'énoncer des règles propres à justifier ce qu'il fait, il produit malgré lui de la jurisprudence et il ne peut échapper aux règles déjà formulées qu'en en formulant d'autres, plus générales que les premières¹¹.

Que l'activité du Conseil constitutionnel assure, de ce fait, la part de régulation et de stabilité nécessaire au jeu politique ne fait guère de doute. La compétition dont l'enjeu est la maîtrise de la production normative n'est plus abandonnée aux seuls rapports de force. Elle dépend désormais des règles que le Conseil a fixées et dont il répète les exigences lorsque c'est nécessaire. L'analogie est d'ailleurs confortée par cette observation banale : beaucoup de lois sont promulguées sans examen de

10. Voir Jacques Meunier, *Le Pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant-LGDJ, 1994.

11. Voir Michel Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 31.

leur constitutionnalité¹². Ce qui, loin de constituer une marque de dérégulation, traduit au contraire l'influence grandissante d'une jurisprudence, qui, estime-t-on généralement, n'est pas subordonnée aux interventions du juge. Cette influence se manifeste aussi bien dans le choix des procédures normatives (la loi ou le règlement) que tout au long du processus législatif (où la crainte de la censure impose des comportements de précaution ou permet de les justifier) et, au-delà, dans l'activité des juridictions ordinaires (avec pour conséquence le phénomène de « constitutionnalisation du droit »). Elle fournit au Conseil constitutionnel la contrepartie positive des contraintes associées à l'usage obligé de principes régulateurs.

Mais qu'en est-il de la liberté ? Ces contraintes accrues menacent-elles la composante proprement ludique du jeu ? La réponse peut être formulée indépendamment du contenu des exigences constitutionnelles. La question, en effet, n'est pas de savoir si les acteurs ont la liberté de faire ce qu'ils veulent, ce qui appellerait une réponse certainement négative ou imposerait des appréciations difficiles à justifier et toujours contestables quant au degré de contrainte auquel ils sont soumis. Il s'agit seulement d'apprécier si le « jeu » est possible. Or celui-ci ne dépend pas des lacunes de la règle, mais des coups qu'elle permet, c'est-à-dire de la configuration du jeu lui-même et des choix qu'il offre aux joueurs.

33

LE JEU DU JEU : COUPS, COÛTS ET CONTRECOUPS

Si l'on excepte les cas où l'acquiescement du Conseil est une condition de l'entrée en vigueur d'un texte (lois organiques et règlements des assemblées parlementaires), la règle constitutionnelle laisse libre de ne pas le solliciter. Quels que soient le contenu ou la procédure d'adoption d'une loi, les autorités de saisine peuvent donc « jouer le contrôle » ou participer à son évitement, utiliser le Conseil ou s'en jouer¹³. Elles détiennent un atout qu'elles sont seules à posséder, mais que rien ne les oblige à exploiter. Dans le jeu institutionnel, la règle n'impose jamais de « couper ».

12. 85 % des lois ordinaires votées entre 1974 et 1994 (en excluant les lois de ratification des traités) ont été promulguées sans contrôle (voir Louis Favoreu, « Origines et bilan statistique », *Vingt Ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, PUAM-Economica, 1995). Les chiffres n'ont, en moyenne, guère varié depuis.

13. En réalité, même les hypothèses de saisine « obligatoire » ne suppriment pas l'alternative. Voir Jacques Meunier, « Pour une analyse économique de la saisine », *Vingt Ans de saisine parlementaire*, *op. cit.*, p. 155.

L'image peut sembler prédéterminer la manière de rendre compte de la pratique des autorités de saisine et occulter l'importance du rôle qu'y occupent les décisions du Conseil. Considérer la saisine comme un « coup », c'est en effet supposer une « instrumentalisation » du contrôle. Cette idée est aujourd'hui largement admise : la saisine n'est pas décidée pour assurer le respect de la Constitution¹⁴, encore moins pour satisfaire d'éventuels objectifs du Conseil en matière de régulation. Elle obéit à la logique du jeu politique, lequel impose de tirer parti des atouts dont on dispose. Dotées d'une arme sans équivalent, les minorités parlementaires sont tenues de s'en servir. Ce que la Constitution leur *permet*, elles *doivent* le faire puisque c'est possible sans risque et qu'il n'existe pas d'alternative offrant un résultat équivalent.

34 La saisine serait ainsi un coup *obligé*, non pas bien sûr directement par une disposition juridique particulière, mais par les contraintes du jeu que la Constitution instaure, de ses buts et des moyens disponibles pour les atteindre. La perspective du gain (la censure de la loi), les enjeux dérivés (les bénéfices politiques d'une opposition résolue qui s'affiche) et, peut-être surtout, la simple existence d'une ultime voie de recours imposeraient d'aller au bout du possible pour faire échec à la loi.

Loin de constituer une faiblesse du système, cette instrumentalisation du contrôle est au contraire la meilleure garantie de son efficacité. L'impact de la règle issue de l'activité de contrôle, c'est-à-dire son aptitude à assurer la régulation du jeu politique, suppose que le comportement des acteurs obéisse à des règles implicites sur la manière de jouer. Ou bien l'application spontanée de la règle, ou bien la saisine du Conseil constitutionnel pour en empêcher la violation. Le second terme étant évidemment la garantie du premier. Car si la participation du Conseil constitutionnel à la production normative ne se mesure pas seulement à la densité de ses interventions, encore faut-il que la saisine fonctionne comme un instrument de la régulation, c'est-à-dire que l'intérêt des joueurs les incite à faire usage de leur atout pour obtenir la censure de tout comportement qui s'écarterait des règles fixées par le Conseil. S'il n'est pas nécessaire de le saisir, puisque cette seule éventualité produit un effet dissuasif, encore faut-il qu'il le soit effectivement lorsque la dissuasion échoue. C'est la certitude de cette conséquence qui assure l'effet dissuasif. Sans elle les producteurs de normes ne se sou-

14. Bastien François, « La place du Conseil constitutionnel dans le système politique », *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Conseil constitutionnel-LGDJ, 1999, p. 75.

mettraient pas à une volonté présumée du Conseil constitutionnel mais à sa volonté réelle, autant qu'il serait convié à l'exprimer par l'une ou l'autre des autorités de saisine.

Ainsi, non seulement « le juridique tient le politique en état, [en ce que] le fonctionnement du système politique dépend désormais de la manière dont fonctionnent un certain nombre de mécanismes juridiques et que l'on ne peut donc expliquer telle ou telle particularité constatée à tel moment sans faire référence à la combinaison et au jeu des règles juridiques¹⁵ », mais, réciproquement, le politique tient le juridique en l'état, car les mécanismes juridiques ne peuvent produire leur effet régulateur qu'autant que subsistent le jeu politique et l'intérêt qu'il confère aux décisions du Conseil.

Cependant, si on prend le jeu au sérieux, il ne faut sous-estimer ni sa complexité ni le niveau des joueurs. Ces derniers ne jouent pas leurs atouts simplement parce qu'ils les possèdent. Ils ne saisissent pas non plus le Conseil comme on lance les dés, attendant du hasard un résultat favorable. Il n'y a peut-être pas de « stratégie de la saisine¹⁶ », mais certainement une tactique, et si celle-ci peut sans réserve être qualifiée de « politique », elle obéit à des évaluations qui n'ont sans doute pas le simplisme qu'on leur prête couramment.

Le raisonnement instrumentaliste courant suppose en effet deux choses. D'une part, que l'obtention d'une décision de censure de la loi constitue toujours un gain ; d'autre part, que la saisine ne comporte elle-même aucun risque, de telle sorte que même la perspective d'une décision contraire serait toujours préférable à l'abstention.

Or, sur le premier point, il n'est pas invraisemblable qu'une censure, même probable, soit parfois trop coûteuse pour être recherchée. Soit qu'elle génère des contraintes juridiques insupportables, soit qu'elle suppose un argumentaire impliquant un positionnement politique inopportun¹⁷.

Quant au second point, il est paradoxal d'imaginer une censure de la loi procurant un bénéfice politique à ses initiateurs, sans que, symé-

15. Louis Favoreu, *La Politique saisie par le droit*, op. cit., p. 81.

16. C'est pour Guy Carcassonne « un sujet virtuel » (« La stratégie de ceux qui saisissent », *Vingt Ans de saisine parlementaire*, op. cit., p. 49).

17. Ce frein à la saisine est parfois agité par les auteurs mêmes d'un texte, non sans quelque provocation (voir, par exemple, les propos adressés à l'opposition par François Guillaume, ministre de l'Agriculture, lors des débats sur le projet de loi de mutualisation de la Caisse nationale de Crédit agricole, en novembre 1987, sans d'ailleurs l'empêcher d'en saisir le Conseil constitutionnel).

triquement, sa validation n'engendre pour eux aucun coût si l'entreprise échoue¹⁸. On doit d'ailleurs remarquer que c'est seulement sur le terrain politique qu'un label de constitutionnalité comporte des enjeux. Il ne confère aucune préséance juridique à la loi certifiée conforme et ne la met même pas à l'abri d'une mise en cause ultérieure (cf. *infra*). Le jeu, ici, est à somme nulle. L'échec d'un coup profite à l'adversaire et toute saisine offre donc au gouvernement, coauteur et défenseur de la loi, l'occasion d'une « surcoupe » avantageuse. L'incertitude des conséquences invite à la prudence dans l'usage des ressources.

36 Ces facteurs d'évaporation peuvent, dans une certaine mesure, être combattus par le Conseil lui-même. L'intérêt du coup est en effet largement conditionné par la nature de la réaction qu'il suscite : « C'est bien parce que le Conseil apparaît comme une juridiction et que ses décisions, de ce fait, se donnent à voir comme des verdicts parés de la neutralité technique du langage juridique – et qu'elles paraissent ainsi obéir à une logique proprement juridique transcendant les clivages politiques – que les parlementaires accordent du crédit politique à la saisine¹⁹. » Mais ce résultat n'est lui-même atteint qu'au prix de certaines exigences, qui déterminent la place du Conseil dans le jeu et la manière dont il y participe. La juridicisation de son activité suppose, notamment, qu'il s'astreigne à une interprétation invariable des dispositions constitutionnelles, renforçant ainsi l'autorité du *game* mais limitant ses possibilités d'y rechercher un gain personnel.

Par contre-coup, apparaissent de nouveaux enjeux. D'une part, la neutralisation du débat politique n'est pas forcément souhaitée par les acteurs, car elle soumet à une expertise technique, celle du Conseil, la pertinence des objections formulées à l'encontre de la loi. Il en résulte que solliciter ce tiers, c'est aussi accepter le résultat de l'expertise et s'interdire toute autre forme de lutte contre ce qu'il aura, le cas échéant, validé. Et s'il faut pour saisir, saisir d'une certaine manière, de nouvelles évaluations s'imposent. Car la technicité conférée aux questions constitutionnelles appelle l'intervention des spécialistes qui tendent à imposer leur propre logique à ceux qui les emploient et freinent les saisines hasardeuses : « Le besoin de disposer de connaissances spécialisées, ou de se voir légitimé par les spécialistes, impose la participation du per-

18. Au demeurant, le gain attaché à une déclaration de conformité est attesté par l'exercice occasionnel de la saisine par le Premier ministre lui-même.

19. Bastien François, *op. cit.*, p. 75.

sonnel subalterne et, dans la majorité des cas, assujettit le supérieur nominal aux analyses de ses subordonnés. La position “directoriale” garantit que, dans la plupart des cas, le jugement indépendant et l’action novatrice seront impossibles²⁰. » En d’autres termes, la manière de jouer pèse sur la décision de jouer. On ne joue pas, si on ne peut pas bien jouer²¹.

DU JEU DANS LE JEU ?

Lorsque le Conseil constitutionnel se prononce sur une disposition non contestée d’une loi soumise à son examen, l’instance échappe aux requérants : le juge met le pied dans la porte et l’ouvre d’autorité. Il en va de même, dans une moindre mesure, lorsqu’il soulève d’office un moyen que les requérants n’ont pas envisagé ou se sont abstenus d’invoquer.

On peut trouver d’excellentes justifications à ces pratiques et, notamment, les considérer comme parfaitement normales au regard de la Constitution ou des spécificités de la juridiction constitutionnelle. Il reste qu’elles prennent le contre-pied d’une double limite que s’imposent les juridictions ordinaires : ne pas statuer *ultra petita* et ne juger, en principe, du bien-fondé d’une demande qu’au regard des arguments qu’elle contient. L’attitude du Conseil est ici assimilable à une « rupture du jeu, l’un des partenaires faisant à la fois les questions et les réponses²² ».

37

Le procédé n’est pas sans avantage. Non seulement bien sûr pour le Conseil, mais aussi pour d’autres acteurs dans certaines configurations du jeu qu’il contribue de la sorte à enrichir. Le premier, d’abord, se donne ainsi les moyens de faire échec aux « petits jeux » des requérants, s’ils étaient tentés de limiter son rôle à des bénéfiques qu’ils voudraient être seuls à définir. Et, le cas échéant, il formule de sa propre initiative et autant que de besoin les principes utiles à son activité, lesquels inciteront à le saisir dans l’avenir des manquements que ces principes pourraient subir. Quant aux requérants, ils y trouvent l’occasion de quelques jolis coups, au premier rang desquels, naturellement, la faculté d’obtenir l’élimina-

20. Murray Edelman, *Pièces et Règles du jeu politique*, trad. fr., Seuil, 1991.

21. Pour des exemples contraires, voir cependant Jacques Meunier, « Sur quelques saisines atypiques : l’émergence de “l’autre” figure du juge constitutionnel », in Olivier Cayla et Marie-France Renoux-Zagamé (dir.), *L’Office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, PUR-Bruylant-LGDJ, 2002, p. 165.

22. Michel van de Kerchove et François Ost, *Le Droit ou les Paradoxes du jeu*, op. cit., p. 64. La pratique du Conseil a même été dénoncée comme un abandon du jeu originel (voir André Laignel, « Le gouvernement des juges ? », *Le Monde*, 27 janvier 1983).

tion de dispositions qu'il serait politiquement coûteux de mettre explicitement en cause²³. Car le jeu, ici, n'impose pas d'annonces, et la valeur d'un atout peut rester dissimulée ; on peut en tirer profit sans l'étaler.

Parallèlement, le gouvernement se voit offrir le confort d'une surveillance quasi automatique de sa majorité. Il n'a besoin ni de solliciter le Conseil pour contrer certaines initiatives intempestives, ni même de les critiquer durant la procédure législative : la vigilance du juge y suppléera²⁴.

Enfin, l'attitude du Conseil constitutionnel permet un coup impossible en contentieux administratif : obtenir du juge qu'il lave du soupçon d'irrégularité des dispositions politiquement controversées. Cette faculté n'est couramment utilisée qu'en matière de contrôle des traités, dans le cadre de la procédure de l'article 54, par le président de la République ou, plus rarement, le Premier ministre. Mais on en trouve aussi quelques applications à des lois ordinaires à l'initiative de ce dernier.

Il est naturellement impossible de démontrer que ces objectifs sont effectivement recherchés par les protagonistes, mais il est certain qu'ils peuvent l'être et que la règle offre sur ce point des ouvertures qui n'existeraient pas si le Conseil constitutionnel s'en tenait aux pratiques contentieuses traditionnelles : le coût du coup s'en trouve, sous certains aspects, réduit ou éliminé.

La contrepartie est plus difficile à évaluer. Elle s'apprécie sur deux plans très différents.

Le premier est la manière dont réagissent les autorités de saisine devant un procédé qui les empêche de modérer les conséquences d'une éventuelle requête et leur fait donc courir le risque de provoquer, malgré elles, l'annulation de dispositions qu'elles approuvent. Même s'il est sans doute peu probable qu'elles y renoncent pour cette seule raison, la liberté que s'octroie le Conseil est un élément à prendre en compte avant toute saisine, un élément sur lequel elles ne disposent pourtant d'aucune information fiable, la doctrine peinant à déterminer

23. Un exemple devenu classique est offert par la décision 82-246 DC, 18-11-1982, *Quotas par sexe*.

24. Un des moyens les plus couramment soulevés d'office est en effet l'introduction d'un « cavalier » législatif ou budgétaire par un amendement parlementaire. Le Conseil constitutionnel contribue ainsi à protéger les initiatives du gouvernement de toute dénaturation, sans qu'il soit nécessaire à celui-ci de lui en faire la demande. De plus, la défense de la loi relevant du gouvernement, il lui est possible d'en moduler l'intensité à sa convenance (voir le témoignage d'Yann Aguila, « Les grandes lignes de la défense de la loi par le Secrétaire général du gouvernement », *Le Conseil constitutionnel à 40 ans, op. cit.*, p. 101).

avec précision quels critères, moyens et conclusions sont ou ne sont pas soulevés d'office²⁵.

L'extension du contrôle introduit un second facteur d'incertitude. En effet, dès lors qu'il se donne le pouvoir d'examiner toutes les dispositions d'une loi au regard de n'importe quelle exigence constitutionnelle, le Conseil ne peut éviter de délivrer un certificat de constitutionnalité à celles qu'il ne censure pas, qu'il les ait déclarées conformes à la Constitution, non contraires ou que, plus simplement, il se soit abstenu de se prononcer sur leur régularité²⁶. Pourtant, le Conseil accepte, à certaines conditions, d'apprécier la constitutionnalité d'une loi en vigueur, y compris s'il l'a déjà fait avant sa promulgation et bien qu'il n'ait pas alors, par hypothèse, estimé devoir s'y opposer. Il offre ainsi des arguments inédits à la contestation d'une loi nouvelle : même si celle-ci ne fait qu'affecter le domaine d'une loi ancienne, elle peut être critiquée et annulée si la loi ancienne est elle-même inconstitutionnelle²⁷.

39

Pour éviter la contradiction, il faut soit estimer que la première décision ne valait pas attestation de constitutionnalité, soit que cette attestation n'avait qu'un caractère provisoire susceptible d'être remis en cause par un éventuel « changement de jurisprudence ». Ces deux points de vue sont défendus par la doctrine, parfois même – non sans incohérence – simultanément.

La première solution passe par un affaiblissement de l'autorité des décisions du Conseil. Si « l'autorité de chose jugée est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi déférée », comme le suggèrent certains commentateurs²⁸, le Conseil se

25. Voir Thierry Di Manno, *Le Conseil constitutionnel et les Moyens et Conclusions soulevés d'office*, Economica-PUAM, 1994.

26. En ce sens, voir Georges Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, p. 59-60 : « Ces deux caractères de la saisine [recevabilité des saisines non motivées et contrôle portant sur la loi dans son intégralité] entraînent une suite de conséquences logiques qui éloignent de plus en plus la saisine d'un recours contentieux. La première est évidemment de ne laisser aucune place à la notion d'*ultra petita*. La saisine porte nécessairement et indivisiblement sur la totalité du texte déféré. [...] Bien plus cette conséquence s'impose au Conseil constitutionnel lui-même. La confrontation du texte aux exigences constitutionnelles doit porter sur la totalité de son contenu. Obligé de se plier à cette exigence le Conseil appose bon gré mal gré le sceau de la constitutionnalité sur les dispositions qu'il n'a pas censurées même s'il s'efforce d'assouplir cette irréfragabilité quelquefois dérangeante. » Souligné par nous.

27. Situation illustrée par la décision 99-410 DC, 16-3-1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*.

28. Reproduisant une formule contenue dans la décision 88-244 DC, 20-7-1988, *Loi d'amnistie*.

réserve la faculté de réexaminer ultérieurement, à l'occasion d'un recours visant une loi non encore promulguée, ce sur quoi il ne s'est pas expressément prononcé la première fois. Mais l'autorité de chose jugée perd alors une grande partie de son intérêt. Car une disposition inconstitutionnelle ne pouvant être promulguée, les effets de l'autorité de chose jugée se confondent avec ceux de la déclaration d'inconstitutionnalité. Or, c'est au contraire à l'occasion des décisions de conformité que l'autorité de chose jugée est utile au Conseil constitutionnel, lorsqu'il les assortit de « réserves d'interprétation » et qu'elles s'introduisent ainsi lestées dans l'activité des juridictions ordinaires. Comment les réserves pourraient-elles jouer ce rôle si seules les déclarations d'inconstitutionnalité devaient bénéficier de l'autorité de la chose jugée ?

40 Quant au « changement de jurisprudence », il met en jeu un autre aspect de l'autorité du Conseil, celui au nom duquel les requérants ont intérêt à susciter sa participation au jeu, et la stabilité qui permet d'en supputer les bénéfices et les coûts²⁹. En d'autres termes, c'est la nature des enjeux et l'intérêt du jeu qui deviennent incertains, et c'est son propre rôle que le Conseil met alors en péril.

29. La notion de « changement de jurisprudence » prend d'ailleurs ici un sens particulier, puisqu'il n'est pas seulement question d'une nouvelle interprétation d'une règle applicable à de nouvelles situations, mais de la remise en cause caractérisée d'une décision ancienne portant sur un texte précisément identifié.

R É S U M É

Souvent présenté comme l'arbitre du jeu politique, le Conseil constitutionnel doit plutôt être vu comme un acteur parmi d'autres. Intervenant sous une forme qui lui est propre et qui l'identifie comme « juge constitutionnel », il participe au jeu à sa manière et contribue à sa régulation. Son entrée en jeu reste toutefois conditionnelle. Elle suppose une décision des autres joueurs et dépend donc à la fois de la persistance du jeu, de la nature des enjeux et d'une évaluation des chances de succès.