Le Conseil au soutien des justiciables ? Quand le Conseil s'empare des moyens d'inconstitutionnalité – Réflexions autour des moyens soulevés d'office

Laurie Marguet

Electronic version

URL: <https://journals.openedition.org/revdh/12184>

DOI: 10.4000/revdh.12184

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Laurie Marguet, "Le Conseil au soutien des justiciables ? Quand le Conseil s'empare des moyens d'inconstitutionnalité – Réflexions autour des moyens soulevés d'office", *La Revue des droits de l'homme* [Online], 20 | 2021, Online since 24 June 2021, connection on 07 July 2021. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/12184> ; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.12184>

This text was automatically generated on 7 July 2021.

Tous droits réservés

Le Conseil au soutien des justiciables ? Quand le Conseil s'empare des moyens d'inconstitutionnalité – Réflexions autour des moyens soulevés d'office

Laurie Marguet

- 1 Un projet de recherche consacré aux « 10 ans de la QPC » ne peut que difficilement faire l'économie d'une analyse portant sur les stratégies argumentatives mises en œuvre par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois. Celles-ci sont nombreuses et méritent, de ce fait, plusieurs études distinctes. Si certaines d'entre elles s'intéressent aux stratégies « d'évitement » du Conseil - par lesquelles il semble chercher à « éviter » la censure législative, la présente étude entend au contraire s'intéresser aux techniques mobilisées par le Conseil non pas pour « forcer » la censure législative mais pour déployer un large pouvoir de contrôle. Plus particulièrement on s'intéresse ici aux moyens soulevés d'office en tant qu'instrument privilégié permettant au Conseil constitutionnel de développer un contrôle qui s'affirme au-delà et indépendamment du cadre de la saisine initiale.
- 2 Cette analyse repose sur l'analyse exhaustive des 734¹ QPC rendues par le Conseil constitutionnel entre 2010 et 2020. Elle repose plus précisément sur l'étude des 38 QPC dans lesquelles le Conseil entend soulever un moyen d'office² apparaît. En dépit de la taille relativement limitée de ce sous-corpus spécifique, il demeure possible de mettre en lumière certaines tendances de la jurisprudence constitutionnelle. Sans prétendre tirer de conclusions tranchées à ce seul prisme, la combinaison d'une approche quantitative et qualitative des données constituées dans le cadre de la présente recherche permet de poser quelques hypothèses analytiques.
- 3 Avant d'aller plus au-delà de l'analyse, quelques précisions sémantiques sont de mise.

- 4 Les moyens soulevés d'office peuvent être définis comme des « *normes de référence que le Conseil constitutionnel produit de son propre office pour substituer, compléter ou confirmer l'argumentaire des requérants* »³. Non sans similarité avec les moyens relevés d'office par le juge civil⁴ ou le juge administratif⁵, les moyens soulevés d'office sont, en d'autres termes, des griefs non invoqués par les requérants que le Conseil constitutionnel *décide* malgré tout de soulever pour juger de la conformité de(s) disposition(s) législative(s) en cause. Les moyens soulevés d'office existent dans le contentieux constitutionnel depuis 1982⁶. Ils existaient donc déjà dans le cadre du contrôle *a priori*, où non seulement le Conseil s'était lui-même octroyé la possibilité de recourir à cet outil, mais où encore il s'était également octroyé la possibilité de soulever d'office certaines dispositions législatives dont l'examen n'était pourtant pas demandé par la saisine. Dans un tel cas de figure, il est toutefois préférable de parler de « conclusion » soulevée d'office⁷ (et non de « moyen » soulevé d'office afin de ne pas confondre ces deux types d'instruments ; ainsi la problématique des « questions soulevées d'office » englobe à la fois celles des *dispositions* soulevées d'office et celle des *moyens* soulevés d'office). En revanche, dans le cadre de la QPC, non seulement le Conseil constitutionnel est limité par les dispositions législatives invoquées par les requérants (il ne peut, dès lors, soulever de *conclusion* d'office⁸), mais qui plus est, les *moyens* soulevés d'office sont textuellement encadrés par l'article 7 de la décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. Cet article dispose que « *les griefs susceptibles d'être relevés d'office sont communiqués aux parties et autorités mentionnées à l'article 1er pour qu'elles puissent présenter leurs observations dans le délai qui leur est imparti* ». Par conséquent, la technique des questions « soulevées d'office » n'a été que partiellement transposée en QPC : « *la requête n'est cristallisée qu'à l'égard des dispositions législatives contestées et non à l'égard des moyens invoqués à leur encontre* »⁹.
- 5 La technique des moyens soulevés d'office est un outil réputé « puissant ». Elle est lue comme une technique permettant au Conseil de « *développer son pouvoir d'interprétation [pour] confirmer ou faire évoluer les normes de référence* »¹⁰ ; elle est ainsi « *liée* » à l'élargissement du contrôle¹¹ ; il s'agit d'un « *outil d'un contrôle de constitutionnalité "ajusté" permettant la performance et l'exhaustivité de son contrôle* »¹² et « *permet au Conseil d'exercer un contrôle de la loi plus concret (...) d'exercer librement son pouvoir d'appréciation puisqu'il détermine, au sein du bloc de constitutionnalité, les normes de référence qui fondent le contrôle des dispositions faisant l'objet du relevé d'office [...] illustrant la liberté d'examen développé par le conseil constitutionnel* »¹³. Les moyens soulevés d'office sont ainsi une « *technique lui permettant de nourrir les arguments proposés à l'appui desdites prétentions* »¹⁴.
- 6 C'est précisément parce qu'elle est considérée comme « puissante » que cette technique a été historiquement redoutée. C'est qu'en effet le pouvoir de soulever des inconstitutionnalités d'office que s'est octroyé le Conseil constitutionnel a pu renforcer la crainte¹⁵ d'un gouvernement des juges¹⁶. En réalité, c'est principalement la faculté (inexistante dans le cadre de la QPC) pour le Conseil de soulever des « conclusions » d'office qui inquiétait particulièrement la doctrine, celle-ci craignant une « *défiguration réelle de l'objet du litige* »¹⁷. Son pouvoir de relever des moyens d'office, en revanche, parce qu'ils sont considérés comme une simple « *substitution de motivation* »¹⁸ passe « *assez inaperçue aux yeux de la critique et ne posent pas le problème fondamental des limites de l'instance* »¹⁹. Cependant, bien que moins nombreuses, les critiques ne sont pas inexistantes puisque certains auteurs regrettent le manque de clarté des critères qui

justifient le recours à la technique des moyens soulevés d'office²⁰ et soulignent la double limite que celle-ci franchit : « ne pas statuer ultra petita et ne juger, en principe, du bien-fondé d'une demande qu'au regard des arguments qu'elle contient »²¹. Certains auteurs estiment que, de ce fait, « l'attitude du Conseil est ici assimilable à une rupture du jeu, l'un des partenaires faisant à la fois les questions et les réponses »²².

- 7 Qu'en est-il dans le cadre du contrôle *a posteriori* ? S'agit-il effectivement d'un contrôle subjectif et concret qui ne justifie pas l'exercice d'un tel pouvoir ? Ou vise-t-il lui aussi, à l'instar (selon la position doctrinale la plus répandue) du contrôle *a priori*, à faire prévaloir le Droit et plus précisément la supériorité de la Constitution sur les dispositifs législatifs -ce qui justifierait alors l'octroi au Conseil d'une telle compétence ? Il est vrai que la technique des moyens soulevés d'office tend à être « l'incarnation même de l'objectivité d'un contentieux »²³ car la « décision rendue [y] est au regard de motifs soulevés en raison de l'intérêt objectif qui leur est attaché »²⁴. Octroyer un tel instrument au Conseil tend à « objectiver » le contentieux QPC et à renforcer l'idée selon laquelle ce type de contrôle, à l'instar du contrôle abstrait des lois, entend précisément à « inférer sur l'ordonnement juridique objectif, avant même toute prise en compte des droits subjectifs »²⁵. Au regard de ces différents éléments, et sans se prononcer ici sur la question de la légitimité ou de la pertinence politique de l'attribution au Conseil constitutionnel de cet outil, il importe néanmoins de revoir à nouveaux frais l'interrogation suivante : faut-il craindre un gouvernement des juges émanant du Conseil constitutionnel ?
- 8 Sur ce point, un premier constat - d'ordre quantitatif - s'impose : l'analyse des données statistiques relatives aux moyens soulevés d'office indique que le Conseil mobilise peu cet outil qui lui permettrait pourtant de renforcer son contrôle.

Tableau IA1 : Finalité des moyens soulevés d'office (par le Conseil constitutionnel)

Sort réservé au MSO	Nombre de QPC	% sur l'ensemble des QPC (734)	% des QPC avec MSO
Existence connue ²⁶ d'un MSO	38 ²⁷	5,2%	100%
Non examen du MSO	11 ²⁸	1,7%	31,6 %
Examen du MSO	27 ²⁹	3,5%	68,4 %

- 9 Le pourcentage relatif à la proportion de QPC dans lesquelles un moyen est soulevé d'office par le Conseil constitutionnel (5,2% des 734 QPC³⁰ examinées) force à un premier constat : sans être négligeable (au sens statistique du terme³¹), il n'est pas pour autant franchement significatif (au sens statistique du terme³²). Le seul chiffre « 5,2 » ne permet en effet pas de tirer de conclusions - ou même d'hypothèses - franches en ce qui concerne la manière dont le Conseil constitutionnel utilise et appréhende l'outil.
- 10 Cela étant, dans la mesure où le pourcentage est à peine supérieur à 5% (et n'est, dès lors, pas hautement significatif), il apparaît difficile de considérer - en tout état de cause à l'aune d'une approche strictement quantitative - que le Conseil constitutionnel userait (ou abuserait) de son pouvoir de relever des moyens d'office : l'usage qu'il en fait n'est assurément pas si démesuré qu'il faudrait effectivement craindre un « gouvernement des juges » (constitutionnels)³³.

- 11 Cela semble d'autant plus difficile à considérer que les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel n'ont permis d'invalider la disposition en cause que dans 1,6% des QPC. Sur ce point, il importe en effet de distinguer trois cas de figure :
- 12 **Catégorie 1** : Les décisions QPC dans lesquelles l'une des trois occurrences suivantes (toutes relatives aux MSO) apparaît : « grief susceptible d'être soulevé par lui » ; « grief susceptible d'être soulevé d'office » ; « grief susceptible d'être relevé d'office » sans pour autant examiner, par la suite, la conformité de la loi audit grief. Il est alors à première vue difficile de comprendre pourquoi le Conseil a décidé de soulever un grief d'office
- 13 **Catégorie 2** : Les décisions QPC dans lesquelles le Conseil constitutionnel examine le grief qu'il a soulevé d'office avec pour conséquence : soit la censure de la disposition législative en cause, soit la formulation d'une réserve (explicitée) d'interprétation.
- 14 Donc : si 5,2% des QPC illustrent, d'une manière ou d'une autre, la possibilité dont dispose le Conseil constitutionnel de soulever un moyen d'office, seules 3,2% des décisions QPC examinent réellement ledit moyen et seules 2,1% d'entre elles voient l'existence (ou l'interprétation) de la disposition législative impactée par le moyen. Enfin, seules 1,6% des QPC voient effectivement la disposition législative en cause invalidée en raison du moyen soulevé d'office.
- 15 Force est donc d'observer que les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel ne permettent que rarement de « forcer » (en allant au-delà des moyens soulevés par les requérants) une censure législative. Dès lors, il ressort du traitement quantitatif et qualitatif des données disponibles que les craintes relatives à éventuel gouvernement des juges demeurent sans fondement en droit positif. Le constat de cette étude est ainsi aussi simple que banal : le Conseil ne déploie que peu son pouvoir de relever des moyens d'office. Face à un tel constat, la question à laquelle s'intéresse la présente étude est la suivante : quel sens conféré à la présence, dans le contentieux constitutionnel de la QPC, des moyens soulevés d'office en tant que technique contentieuse ? Une seconde interrogation pourra s'y ajouter : quel est le contenu de ces moyens soulevés d'office ? Dès lors qu'il n'existe pas de définition juridique figée de ce que peuvent être les moyens soulevés d'office, et partant, de délimitation précise des contours de cette catégorie, les questionnements sont nombreux : Le Conseil peut-il soulever des moyens d'office qui ne sont pas à la disposition des parties ou, pour le dire en d'autres termes, peut-il soulever des moyens qui ne sont pas relatifs à la protection des droits et libertés que la Constitution garantit ? L'enjeu est de taille car si la réponse venait à tendre vers le positif, cela changerait alors les limites mêmes de la QPC.
- 16 Historiquement, le Conseil constitutionnel n'a pas toujours « assumé » de recourir aux moyens soulevés d'office. Dans le cadre du contrôle *a priori*, « dans la majorité des cas, le juge constitutionnel ne fait qu'ajouter un moyen sans l'annoncer explicitement dans sa décision »³⁴. Plus encore « pour déterminer lequel de ces moyens est soulevé d'office, le lecteur est ainsi forcé à l'analyse comparée des saisines et des décisions »³⁵. Peu d'occurrences formelles permettent de savoir s'il a relevé d'office un grief. Certes, certaines formulations permettent de savoir qu'il ne l'a pas fait : il en va ainsi lorsqu'il indique explicitement n'avoir « soulevé d'office aucune question ». Il lui arrive même de préciser que le terme « question » n'englobe que les conclusions soulevées d'office lorsqu'il spécifie « il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office des questions de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen »³⁶. Mais il lui arrive également de ne faire aucune précision³⁷, ce qui inclut a

priori à la fois les conclusions et les moyens susceptibles d'être soulevés d'office. Lorsqu'il indique n'avoir soulevé d'office « aucune autre question », deux lectures sont par ailleurs envisageables : soit cela signifie qu'il ne s'intéresse à aucune autre question que celles soulevées par la saisine (et qu'il ne soulève donc aucune question d'office) ; soit cela signifie qu'il a soulevé (sans l'explicitier) d'office une question et qu'il n'en a pas d'autre à examiner d'office. Dans ce second cas de figure, seule la lecture de la décision permet de savoir si une conclusion ou un moyen a été soulevé d'office et, le cas échéant, quel est son contenu (c'est qu'en effet, l'adjectif « autre » indique *a priori* que certaines questions ont été soulevées d'office). Tel n'est cependant pas toujours le cas dans les décisions où apparaît une telle formulation. Depuis 2016³⁸, le Conseil constitutionnel a quelque peu précisé l'usage qu'il faisait des questions soulevées d'office. En effet, après avoir indiqué « qu'il n'a soulevé d'office aucune autre question », il ajoute « et ne s'est donc pas prononcé sur la constitutionnalité des autres dispositions que celles examinées dans la présente décision »³⁹. Le Conseil semble⁴⁰ donc dorénavant spécifier ne pas avoir soulevé de conclusion d'office, clarifiant ainsi le périmètre du contrôle exercé⁴¹. Il met ainsi fin aux débats⁴² relatifs à l'étendue de la validation législative possiblement donnée par le Conseil. Il ne délivre pas à la loi un « brevet de conformité »⁴³ et précise désormais bien que ce n'est pas la totalité de la loi soumise à son examen qui peut être considérée comme constitutionnelle.

- 17 Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, il n'a pas non plus toujours assumé le recours à cet outil : ainsi dans trois QPC⁴⁴ au moins⁴⁵, le Conseil constitutionnel soulève un moyen d'office sans le mentionner expressément ; seule une lecture attentive de la décision permet d'observer qu'il ajoute des griefs à ceux invoqués par les requérants. Il semblerait que cette invisibilisation des moyens soulevés d'office ait surtout eu lieu lors des premières années de la QPC et qu'il admet désormais plus aisément y recourir. Il est vrai que la technique, bien que moins controversée que celle des conclusions soulevées d'office, restait contestée. Peut-être n'était-elle pas encore pleinement considérée comme légitime en 2010/2011 - en dépit de sa consécration explicite dans le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel⁴⁶. Peut-être oscillait-il lui-même entre le type de contrôle qu'il devait exercer : devait-il assumer un plein contrôle concret et cantonner son examen aux moyens formulés par les justiciables sans pouvoir élargir l'instance en cours ; ou devait-il garder, pour faire prévaloir le Droit, la pleine « maîtrise inquisitoriale du procès »⁴⁷ fut-ce au prix d'une décision rendue *ultra petita* ? Qui plus est, sauf à nier le caractère pleinement juridictionnel de la procédure *a posteriori*, le relevé d'office de certains moyens devait respecter certaines garanties, au premier rang desquels le principe du contradictoire. Peut-être le Conseil hésitait-il alors à assumer le recours à cet instrument, faute de pouvoir respecter avec certitude cette condition. De la même manière, il est possible que les variations dans la formulation relative aux moyens soulevés d'office illustrent, au moins partiellement, un certain malaise quant à la mobilisation (et l'appropriation) de cet outil par le Conseil⁴⁸. Désormais stabilisée (depuis 2015), la formulation actuelle - « grief susceptible d'être relevé d'office » - met clairement en lumière le pouvoir du Conseil. Pour autant, le considérant « balai » - qui précise, dans le cadre de la QPC, que la loi « ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit »⁴⁹ - continue de jeter le trouble sur le contrôle réellement exercé par le Conseil : s'il examine systématiquement la conformité de la disposition en cause avec tous les droits et libertés que la Constitution garantit, pourquoi prend-t-il parfois la peine de soulever un moyen d'office et partant, de développer dans le cœur de sa décision les réflexions qui l'accompagne ? A

considérer que le Conseil puisse, à l'instar des requérants, ne soulever que des moyens relatifs à la méconnaissance d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit⁵⁰, pourquoi y'a-t-il des cas (nombreux) dans lesquels il ne contrôle manifestement qu'en « off » la conformité de la disposition législative à tous les droits et libertés que la Constitution garantit (avant d'évacuer ensuite la question dans le considérant balais) et des cas (plus rares) dans lesquels il décide de relever un moyen d'office et de retranscrit le contenu de son contrôle relatif à la conformité (ou non) de la disposition à audit moyen relevé d'office? Ebaucher une réponse à cette question conduit finalement à tenter de répondre à la question de savoir *pourquoi* le Conseil soulève parfois, dans le cadre de son contrôle *a posteriori*, des moyens d'office. Plusieurs hypothèses doctrinales ont été mobilisées pour tenter d'expliquer les raisons pour lesquelles le Conseil constitutionnel pouvait être amené à soulever un moyen d'office. La première, plus ancienne, repose sur l'inconstitutionnalité manifeste des dispositions, comme l'énonce Georges Vedel qui estime que « *pour soulever d'office, il faut clairement qu'il y ait un manquement à la Constitution. Il faut là une certaine évidence qui rende la solution incontestable aux yeux de tous. Il faut qu'il puisse apparaître, si le Conseil ne s'est pas saisi, qu'il est impardonnable de ne pas l'avoir fait devant une inconstitutionnalité aussi **manifeste*** »⁵¹. Cette première explication tend cependant, à l'aune des données statistiques utilisées dans le cadre de cette étude, à être plutôt invalidée en ce qui concerne les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC (I). La seconde explication (plus contemporaine)⁵² repose sur une possible « *hiérarchie matérielle* »⁵³ entre les droits et libertés que la Constitution garantit « *avec cette conséquence que s'ils doivent être conciliés avec des droits et libertés moins « importants », c'est à leur exercice que l'on demandera le plus de sacrifice sur l'autel de la conciliation* »⁵⁴. Les analyses quantitatives et qualitatives mobilisées ici tendent, sans pouvoir définitivement la confirmer, indéniablement à enrichir cette seconde hypothèse (II).

I. L'inconstitutionnalité manifeste des dispositions : une explication improbable

- 18 Pour déterminer si des dispositions législatives sont « manifestement inconstitutionnelles », une alternative à deux branches méthodologiques peut ici être envisagée. En premier lieu, il serait possible de les étudier une à une et tenter de déterminer si les inconstitutionnalités sont « *manifestes* ». Cependant, il n'est pas aisé de définir le « manifeste ». Selon le dictionnaire Robert est *manifeste* ce « *dont l'existence ou la nature est évidente* » ; mais l'évidence, en droit, résulte d'un travail d'interprétation et de qualification et ne se constate donc pas. En second lieu, il est possible de mobiliser les données statistiques pour tenter d'étayer (ou de réfuter) l'hypothèse selon laquelle le Conseil constitutionnel soulève des moyens d'office lorsque l'inconstitutionnalité est *manifeste*. En ce sens, force est d'observer qu'en matière de droit du travail et de droit fiscal, sur 12 QPC mentionnant « *un grief susceptible d'être soulevé d'office* », seules 4 conduisent à une censure de la disposition en cause. De manière générale, sur 35 QPC comprenant formellement une occurrence relative à un moyen soulevé d'office, seules 12 conduisent à une censure législative⁵⁵. Or si le moyen soulevé d'office ne conduit pas nécessairement à l'invalidation de la disposition législative, il apparaît que les dispositions visées n'étaient précisément pas *manifestement* inconstitutionnelles. Mais comment expliquer dès lors - outre *via* l'hypothèse relative à possible hiérarchisation

de certains droits et libertés (qui sera analysée dans un second temps) - que le Conseil soulève des moyens d'office si ce n'est pour invalider la disposition législative (ce qui se produit dans 68,4% des QPC dans lesquelles un moyen est - ou pourrait être - soulevé d'office) (A) ? Plus encore, pourquoi soulève-t-il des moyens d'office alors même, il ne prend pas toujours la peine de réellement les examiner (ce qui se produit dans 31,6% des QPC dans lesquelles un moyen est - ou pourrait être - soulevé d'office) (B) ?

A. Les possibles raisons de l'examen des moyens soulevés d'office sans censure législative

- 19 Le fait que les moyens soulevés d'office n'aboutissent pas nécessairement (dans 68,4% des cas) à une invalidation législative interroge. En effet, *« les moyens soulevés d'office devraient logiquement l'être dans l'intérêt des parties. Ils viennent nourrir la question initiale, en apportant des arguments supplémentaires à l'appui des prétentions des parties. Or le Conseil constitutionnel semble agir (...) dans l'intérêt du « système » (c'est d'autant plus évident [que son contrôle donne] naissance à des décisions de conformité) et non des justiciables »*⁵⁶.
- 20 Ainsi, soulever un moyen d'office (même sans invalider la disposition) permet de garantir « l'intérêt du système ». A l'instar de l'avocat général qui, dans un procès pénal, défend les intérêts de la société et la bonne application de la loi, le Conseil constitutionnel serait quant à lui garant de l'intérêt du système constitutionnel : à savoir, de la primauté de la Constitution et, plus spécifiquement encore dans le cadre QPC, de la supériorité des droits et libertés que la Constitution garantit. Le contrôle exercé dans ce cadre serait donc bien (au moins partiellement) « objectif » ou « abstrait »⁵⁷. À ceci près, toutefois, que le Conseil affirme toujours examiner la constitutionnalité de la mesure à l'égard de tous les griefs lorsqu'il formule le considérant final - le fameux considérant « balai » - puisqu'il conclut en effet ses décisions en précisant que la disposition ne méconnaît *« aucun autre droit que la Constitution garantit »*. Par le biais du considérant-balais, le Conseil suggère donc qu'il a effectivement vérifié, en marge de la décision, si la disposition en cause respectait bien tous les (autres) droits et libertés que la Constitution garantit. Il prétend donc toujours agir dans l'intérêt du système, y compris lorsqu'il ne soulève aucun moyen d'office.
- 21 Pourquoi le Conseil fait-il cependant « l'effort » d'expliciter, dans certain cas, son contrôle, en précisant expressément qu'il soulève un moyen d'office ? Pourquoi rendre parfois visible une étape qu'il prétend toujours réaliser ? Plusieurs hypothèses sont envisageables.
- 22 En premier lieu, il est possible d'envisager que les contours de la catégorie des moyens soulevés d'office ne sont pas les mêmes que ceux de la catégorie relative aux droits et libertés que la Constitution garantit. Dans un tel cas de figure, lorsque le Conseil prétend avoir examiné la conformité de la disposition législative en cause à tous les droits et libertés que la Constitution garantit, cela n'épuisera pas nécessairement la possibilité dont il dispose de soulever des moyens d'office car il pourrait alors relever d'office un moyen qui n'est pas lié à la méconnaissance d'un droit ou d'une liberté (que la Constitution garantit). En d'autres termes, il n'existerait pas nécessairement de corrélation directe entre la question des moyens soulevés d'office et le considérant balais car le Conseil constitutionnel pourrait soulever d'office des points de constitutionnalité qui ne sont pas des droits et libertés que la Constitution garantit. Cependant, cette hypothèse n'est exempte de difficultés. Sur le plan théorique, cela

suppose une redéfinition des limites et contours même de la QPC : son seul objet ne serait pas la protection des libertés si le Conseil peut, de sa propre initiative, soulever des moyens d'inconstitutionnalité sans lien avec la catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit. Sur le plan pragmatique, cela suppose que le Conseil dispose d'un pouvoir bien plus important que les requérants puisqu'il peut relever des moyens qui sont inaccessibles aux requérants. Sur le plan empirique, le traitement statistique des données recueillies dans le cadre de cette étude montre que dans la très grande majorité des cas⁵⁸ le Conseil soulève bien d'office des griefs tirés de la méconnaissance d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit.

- 23 En deuxième lieu, hypothèse peut être faite que le Conseil explicite un moyen soulevé d'office lorsqu'il estime que la conformité de la disposition examinée avec un droit ou une liberté que la Constitution garantit est susceptible d'interroger. Cela lui permettrait alors de renforcer la validation de la disposition examinée. Une hypothèse explicative serait ainsi que cela lui permet de montrer la mise en œuvre d'un contrôle approfondi et de renforcer la validation de la disposition examinée (particulièrement si la loi en cause est particulièrement controversée). Ainsi, par exemple, à propos de la décision n° 2010-90 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jean-Claude C*, dans laquelle le Conseil soulève (sans le dire) d'office le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 16 DDHC, l'auteur des commentaires parus aux *Cahiers* justifie la nouveauté du grief par la nécessité d'un contrôle « approfondi »⁵⁹. Cette validation « renforcée » conduirait-elle à bloquer (ou du moins à complexifier) l'examen ultérieur de la disposition ? A considérer que cette dernière puisse de nouveau être examinée en raison d'un « changement de circonstances »⁶⁰, le relevé d'office d'un moyen (et la possible validation renforcée qui l'accompagne) risquent-ils d'impacter la condition de « question nouvelle » ? Sur ce point, rappelons que la transmission d'une QPC au Conseil suppose la réunion de trois conditions : l'applicabilité de la loi au litige, l'absence de déclaration préalable de conformité (de la disposition législative en cause à la Constitution) et le caractère sérieux ou nouveau de la question⁶¹. Bien que la notion de « question nouvelle » ne soit pas simple à définir⁶², elle n'est pas pour autant une « inutile répétition du critère d'absence d'examen préalable par le Conseil constitutionnel de la disposition législative attaquée »⁶³, comme le précise la jurisprudence du Conseil⁶⁴. Il s'agit en effet d'un « critère alternatif »⁶⁵ imposant au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation de « transmettre la question au Conseil [...] en présence d'un moyen obligeant à l'interprétation d'un texte ou principe constitutionnel dont le Conseil n'a jamais fait application »⁶⁶. Le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation pourraient ainsi décider de transmettre une question « dont le caractère sérieux ne serait pas manifeste mais qui se pose à l'occasion de nombreuses instances »⁶⁷. Ainsi, « le critère de nouveauté permettrait en ce sens à la Cour de cassation de saisir le Conseil malgré tout, lorsqu'elle juge important qu'il se prononce sur la question posée »⁶⁸. Au regard de ces brefs éclaircissements, il n'est donc pas exclu que la « validation renforcée » qu'est susceptible d'entraîner le relevé d'office d'un moyen, y compris en l'absence de censure législative, complexifie la mobilisation du critère de « question nouvelle » par les juges du filtre. Quoi qu'il en soit, rien ne permet réellement d'identifier alors les raisons pour lesquelles les décisions dans lesquelles les décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel choisit ainsi de procéder à une validation « renforcée » des dispositions attaquées.
- 24 En troisième lieu, même sans censure législative, les moyens soulevés d'office permettent au Conseil également de formuler des réserves d'interprétation. Le relevé

d'office est alors un moyen pour le Conseil de préciser l'interprétation de la disposition qui est la plus conforme à la Constitution, y compris sur des questions non soulevées par les requérants.

25 On peut en effet affiner le tableau IA1 :

Tableau IA1' : détail des décisions dans lesquelles le MSO est examiné

Sort réservé au MSO	Nombre de QPC	% sur l'ensemble des QPC (735)	% des QPC avec MSO
Existence connue ⁶⁹ d'un MSO	38 ⁷⁰	5,2%	100%
Occurrence « formelle » d'un MSO	35 ⁷¹	5,17%	92%
Examen du MSO	27	19,2%	68,4 %
Censure de la disposition en raison du MSO	13 ⁷²	1,8%	34,2%
Rejet du MSO	13		
Réserve d'interprétation formalisée	4 ⁷³	0,5%	10,5%
Précision (plus ou moins évidente)	10 ⁷⁴	1,2%	23,7%

26 On constate ainsi par exemple dans la QPC 2017-795 que le Conseil soulève trois griefs d'office : les deux premiers, relatifs à l'article 12 DDHC⁷⁵ et au principe d'égalité⁷⁶, lui permettent de formuler des réserves d'interprétation ; tandis que le dernier le conduit à invalider une des dispositions législatives invoquées⁷⁷. Dans la QPC 2015-517 relevant d'office le grief tiré de la méconnaissance du principe de responsabilité issu de l'article 4 DDHC, le Conseil formule deux réserves d'interprétation⁷⁸ ; réserve également formulée sur le grief tiré de la violation des droits relatifs au procès équitable dans les QPC 2012-227⁷⁹ et 2011-153⁸⁰. Le relevé d'office d'un moyen sert donc ici possiblement, comme cela a également pu se produire dans le cadre du contrôle *a priori*⁸¹, un but « préventif »⁸² : « l'examen d'office peut être motivé par un simple souci pédagogique - faire passer un message - ou par la nécessité de fixer une nouvelle jurisprudence »⁸³. Ainsi, « le moyen soulevé d'office sert alors à fixer les « bornes » du pouvoir d'appréciation du législateur pour l'adoption de futures dispositions législatives, ou des organes qui seront chargés d'appliquer la disposition en cause »⁸⁴.

27 Par ailleurs, le moyen soulevé d'office peut, sans permettre la formulation explicite d'une réserve d'interprétation, poursuivre une finalité didactique en ce qu'il permet au Conseil de préciser sa jurisprudence⁸⁵. Dans les 13 QPC dans lesquelles le moyen soulevé d'office est examiné sans pour autant conduire à la censure de la disposition législative en cause, le Conseil formule en effet explicitement une réserve d'interprétation à 4 occasions et « utilise » le moyen soulevé d'office pour préciser sa jurisprudence dans les 9 autres. En outre, dans 2 QPC où il n'est fait aucune référence explicite à un moyen ou grief soulevé d'office, le Conseil précise que la disposition législative en cause est constitutionnelle « dans les conditions » posées par le Conseil. Si les termes « sous cette réserve » n'apparaissent pas explicitement, on s'en approche nettement⁸⁶. De la même

manière, le Conseil précise dans une 1 QPC que « les dispositions doivent être entendues comme [...] »⁸⁷. Soulever un moyen d'office (même sans censure législative) est donc une technique qui lui permet parfois de préciser les moyens invocables dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution⁸⁸, d'explicitier une jurisprudence déjà implicitement consacrée⁸⁹ ou de clarifier, de manière plus ou moins succincte ou opaque, les conditions de validité d'une disposition législative⁹⁰.

- 28 Tels ne peuvent cependant pas être les objectifs du moyen soulevé d'office que lorsque ce dernier est effectivement examiné dans le cœur de la décision. Or, il arrive au Conseil constitutionnel d'envisager le relevé d'office d'un moyen sans pour autant expliciter son examen dans ses développements.

B. Les possibles raisons du non-examen des moyens pourtant soulevés d'office

- 29 Pourquoi envisager le relevé d'office d'un moyen si ce n'est pas, *a minima*, pour l'examiner dans la décision publiée ? Sur ce point, quelques entretiens informatifs complémentaires réalisés avec des juristes du Conseil constitutionnel nous indiquaient qu'il pouvait arriver au Conseil, au stade de l'instruction, de se demander s'il ne serait pas pertinent de soulever tel ou tel grief. Celui-ci demande alors aux parties de répondre au(x) moyen(s) que le Conseil serait susceptible de relever d'office. En fonction de la réponse fournie par les parties, il peut alors décider de ne finalement pas soulever d'office le grief envisagé, soit qu'il censure la disposition examinée sur un autre moyen⁹¹ (et qu'en vertu notamment du principe d'économie de moyens, il n'examine pas les autres moyens), soit qu'il la valide⁹². Dans la mesure où ces échanges se font après les délais de dépôts des conclusions des parties, ces dernières ne peuvent pas non plus faire leur ce grief et, le Conseil n'a, partant, pas à y répondre dans la décision. Sans même revenir ici sur la pertinence du principe de l'économie des moyens, cette pratique du Conseil visant à souligner qu'un moyen *aurait pu* être soulevé d'office par le Conseil mais qu'il y a finalement renoncé (et ce sans pour autant expliciter les raisons de ce renoncement) interroge.
- 30 En effet, même si la procédure en QPC répond davantage aux exigences du procès équitable - et notamment au principe du contradictoire⁹³ - que la procédure du contrôle *a priori*, il demeure ici un certain manque de transparence : quel est ce contrôle exercé en amont par le Conseil ? Pourquoi n'est-il pas explicité ? Quelles sont les raisons pour lesquelles il renonce finalement à pas examiner, au fond, le moyen soulevé d'office ?
- 31 Revenons au tableau IA1⁹⁴ et affinons-le une fois de plus :

Tableau IA1" : détail des décisions dans lesquelles le MSO n'est pas examiné

Sort réservé au MSO	Nombre de QPC	% sur l'ensemble des QPC (734)	% des QPC avec MSO
Existence connue ⁹⁵ d'un MSO	38 ⁹⁶	5,2%	100%
Occurrence « formelle » d'un MSO	35 ⁹⁷	5,17%	92%

Non-examen du MSO dans la décision	11	1,9%	28,9%
Mention d'une lettre indiquant la communication aux parties d'un MSO + non examen du grief dans la décision + aucune mention du grief dans le commentaire	5 ⁹⁸	0,7%	13,5%
Mention d'une lettre indiquant la communication aux parties d'un MSO + non examen du grief dans la décision MAIS mention du grief dans le commentaire	6 ⁹⁹	0,8%	15,4%

- 32 Dans 11 QPC évoquant un moyen susceptible d'être soulevé d'office, le Conseil n'examine *prima facie* pas ledit moyen dans la décision : dans 5 cas de figure, ni la lecture de la décision ni la lecture du commentaire aux Cahiers ne permet d'expliquer que le Conseil ait envisagé de soulever un moyen d'office. Des pistes explicatives peuvent néanmoins être exploitées. En effet, dans 1 QPC¹⁰⁰ le Conseil invalide de toute façon la disposition sur le fondement d'un grief mentionné par les requérants. Si l'on adhère au principe d'économie de moyen, il n'apparaît dès lors effectivement pas nécessaire d'examiner les autres griefs (fussent-ils, pour certains, relevés d'office par le Conseil). Il en va de même dans les 2 QPC¹⁰¹ qui conduisent à des non-lieu à statuer. Cependant, il demeure 2 QPC dans lesquelles il est impossible d'identifier les raisons pour lesquelles le Conseil envisageait de relever un moyen d'office : la décision ne le mentionne pas ; pas plus que le commentaire aux Cahiers qui reste muet sur cette question¹⁰². Au demeurant, dans 10 QPC¹⁰³, un échange entre le Conseil et le gouvernement a manifestement eu lieu en amont de la décision sur d'autres griefs d'inconstitutionnalité (que ceux mentionnés dans la QPC) sans pour autant que la lecture de la décision permette d'en avoir connaissance. Cette invisibilisation est d'autant plus regrettable que les critères qui expliquent le recours, par le Conseil à des moyens soulevés d'office demeurent, de manière générale, assez flous.
- 33 Dans 5 de ces décisions, la lecture du commentaire aux Cahiers fournit néanmoins des éléments d'explication ; il est notamment fait référence au moyen que le Conseil a ou a envisagé de soulever d'office¹⁰⁴. Les éléments explicatifs fournis sont plus ou moins approfondis.
- 34 Ainsi, à propos de la QPC n°2011-177, le commentaire précise seulement que « *toutefois, en définitive, le Conseil constitutionnel ne l'a pas soulevé d'office dans sa décision* »¹⁰⁵. Si la lecture du commentaire permet, à la différence de la lecture de la décision, de connaître la nature du moyen envisagé (à savoir ?), elle ne fournit toutefois pas beaucoup d'informations sur les critères susceptibles d'expliquer l'activation, ou non, d'un moyen soulevé d'office. Dans la décision n°2011-126, le commentaire indique que « *le Conseil constitutionnel s'est interrogé d'office sur le respect de la liberté contractuelle et a, à cet égard, invité les parties à produire des observations* ». Cela permet certes d'être plus attentif aux développements présents dans la QPC (qui indiquent effectivement « que ni la liberté contractuelle ni le droit à un recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites » alors même que la liberté contractuelle n'est pas mentionnée par

les requérants) mais ne fournit pas pour autant d'informations substantielles sur les raisons ou les conséquences de ce relevé d'office.

- 35 Il est néanmoins d'autre cas dans lesquels le commentaire permet de découvrir l'envers du décor. Il permet en premier lieu de d'observer que le relevé d'office ne concerne pas toujours un *moyen* d'inconstitutionnalité tiré de la violation d'un droit ou une liberté que la Constitution garantit mais concerne aussi, parfois, une question technique ou procédurale. Ainsi, il est de rare cas dans lesquels la catégorie des moyens soulevés d'office semble déborder celle relative aux droits et libertés que la Constitution garantit. Le Conseil aurait ainsi à sa disposition des outils (ie. griefs) inaccessibles aux requérants. Ainsi, dans la QPC n°2013-334 : « *Le Conseil s'est interrogé d'office sur les conditions de sa saisine en soulevant "la question de savoir si les dispositions de l'article 61-1 de la Constitution et des articles 23-1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel permettent le renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité visant non une disposition législative mais l'ensemble d'un régime juridique". Il a communiqué cette question aux parties afin qu'elles puissent faire valoir leurs observations dans le cadre de l'instruction* ». Soulevée d'office, cette question lui permet alors de développer les conditions de recevabilité de la QPC¹⁰⁶. Dans la QPC n°2014-431, le commentaire aux Cahiers précise que « *compte tenu de la genèse des dispositions contestées, la question se posait du caractère législatif ou réglementaire des dispositions renvoyées à l'examen du Conseil constitutionnel. Cette question n'étant pas débattue par les parties dans leurs écritures, le Conseil constitutionnel a, comme il l'a déjà fait à plusieurs reprises, soulevé d'office un grief conformément à l'article 7 du règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant lui pour les questions prioritaires de constitutionnalité. Par une lettre du 23 octobre 2014, il a invité les parties à formuler des observations sur ce point* »¹⁰⁷. Il apparaît ainsi que la technique du relevé d'office peut permettre au Conseil d'échanger avec les parties sur des aspects plus techniques de la procédure contentieuse. Est-ce à dire qu'il a réellement soulevé ici un « moyen » d'office ? Rien n'est moins sûr car il n'a pas vraiment confronté la disposition législative en cause audit moyen. Il semble qu'il ait surtout utilisé le relevé d'office pour demander aux partis un éclaircissement sur certaines questions spécifiques sans que cela ait directement trait à la gestion d'un grief d'inconstitutionnalité.
- 36 En second lieu, le commentaire permet de découvrir la nature des échanges réalisées, en amont de la décision, entre le Conseil et les requérants. Ainsi, dans la QPC n°2011-199, le commentaire précise qu'« *en application de l'article 7 du règlement du 4 février 2010, sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, le juge constitutionnel a signalé aux parties qu'il était susceptible de soulever d'office un grief tiré de ce que les dispositions contestées porteraient atteinte au principe d'impartialité de la juridiction disciplinaire en ce qu'ils permettent que la chambre de discipline compétente à l'égard des vétérinaires et des docteurs vétérinaires comprenne la personne ayant engagé l'action disciplinaire* »¹⁰⁸. On comprend alors que le principe d'impartialité des juridictions, sur lequel le Conseil se fonde pour formuler une réserve d'interprétation, a été repris par la saisine finale des requérants à la suite de ces échanges avec le Conseil. De tels éléments ne sont cependant pas identifiables à la seule lecture de la décision QPC, ce qui n'est pas sans soulever certaines difficultés quant au respect des principes (pourtant présentés comme des objectifs contemporains fondamentaux) de transparence et d'intelligibilité des décisions de justice ; et ce, d'autant plus que - rappelons-le - le commentaire de la décision n'est pas rédigé par les

conseillers constitutionnels et ne constitue donc pas, en théorie, une source de droit positif et ne dispose pas de l'autorité de la chose jugée¹⁰⁹.

- 37 En troisième lieu, le commentaire peut également permettre d'éclairer la décision. Dans la décision n°2011-141, les requérants invoquaient un grief tiré de la violation du principe de maintien des conventions légalement conclues (en vertu des articles 4 et 16 DDHC). Le Conseil reprenait ensuite ce grief en mentionnant « les situations [et non les conventions] légalement maintenues ». La lecture de la décision suggérerait donc que le Conseil avait, si ce n'est soulevé un moyen d'office, du moins « élargi » le moyen invoqué par les requérants. La lecture de la décision permettait certes d'observer cette extension mais le commentaire seul permettait de confirmer qu'il ne s'agissait pas là d'une simple maladresse du Conseil. Bien au contraire, cette extension lui permet d'élargir le cadre de sa saisine, lui permettant ici de contrôler des autorisations administratives, comme le souligne d'ailleurs le commentaire : « *Le Conseil constitutionnel a soulevé d'office le grief tiré d'une atteinte à une situation légalement acquise. En effet, si la loi est applicable aux concessions par ricochet et a été renvoyée, dans cette mesure, par le Conseil d'État, elle est également applicable aux autorisations* »¹¹⁰.
- 38 Si le commentaire fournit ainsi une aide précieuse pour comprendre les rouages des moyens relevés d'office, il demeure malgré tout impossible de systématiser l'usage qu'il en fait. Force est d'observer qu'il s'en sert en premier lieu pour *préciser* sa jurisprudence (dans 15 QPC¹¹¹) et en deuxième lieu pour *censurer* la disposition législative en cause (dans 13 QPC). En troisième lieu, une certaine opacité persiste dans le cœur de la décision (dans 10 QPC) : si dans 4 QPC, il est impossible de deviner le raisonnement du Conseil, il semble que ce soit le principe d'économie de moyens qui explique qu'il ne développe pas le moyen qu'il envisageait de soulever dans 3 QPC. Dans 3 autres QPC, c'est la lecture du commentaire qui permet de comprendre qu'il se servait là encore de cette technique pour *préciser* les contours de son office, cette fois manifestement sur des questions plus techniques. Peut-être est-ce précisément car il s'agissait d'aspects procéduraux que le Conseil n'a pas souhaité expliciter son raisonnement dans ses développements ? Cependant si l'analyse quantitative et qualitative de ces données nous permet déjà d'ébaucher des pistes quant aux stratégies argumentatives développées par le Conseil *via* les moyens soulevés d'office, comment expliquer qu'il tende ainsi à préciser, dans certains cas, sa jurisprudence ou à « forcer » l'invalidation de la disposition législative en cause ? Peut-être cela s'explique-t-il par l'importance que le Conseil accorde à la branche du droit concerné par la QPC ou par l'importance qu'il attache à la liberté ou au droit susceptible d'être atteint par la disposition législative en cause ?

II. La hiérarchisation des droits et libertés que la Constitution garantit

- 39 L'hypothèse peut ici être posée de ce que l'existence d'un moyen soulevé d'office indique un attachement particulier du Conseil constitutionnel à la protection des droits et libertés que la Constitution garantit dans la branche du droit concernée par la QPC. Avant d'en venir à l'examen substantiel de cette hypothèse, une première piste « procédurale » doit néanmoins être écartée. Cette piste est liée à la question de savoir si le Conseil serait plus enclin à soulever des moyens d'office lorsque les requêtes sont possiblement lacunaires ou « mal rédigées ». Sur ce point, une analyse combinée

des données relatives aux « types » de requérants et aux « types » d'avocats sollicités permet de réfuter l'hypothèse. Nos données sur la représentation des requérants nous montrent que, si la représentation par un avocat n'est pas obligatoire en QPC, elle a lieu la plupart du temps. Plus encore, on se rend compte qu'un avocat au conseil intervient très souvent. Or il s'agit là du segment de la profession qui a le plus investi en spécialisation et en compétence dans la QPC, de sorte qu'on ne peut expliquer le recours aux moyens soulevés d'office par une moindre ou piètre qualité des requêtes¹¹². Reste alors à examiner l'hypothèse au regard de laquelle le relevé d'office montrerait ainsi soit que certaines branches du droit mériteraient une protection spécifique en matière de protection des droits fondamentaux (A) soit que certains droits et libertés mériteraient l'attention toute particulière du Conseil (B).

A. La protection spécifique de certaines branches du droit

Tableau IIA1 : Branches du droit concernées¹¹³

Domaines concernées	Nombre de QPC	Sort du MSO	non-examen apparent	Examen sans censure	censure
Droit pénal et procédure pénale	3 ¹¹⁴	xxx	0	1	2
Droit de la sécurité sociale	3 ¹¹⁵	xxx	1	1	1
Droit disciplinaire	3 ¹¹⁶	x x x	2	1	0
Droit fiscal et procédure fiscale	7 ¹¹⁷	xxxxxxx	3	3	1
Droit du numérique	1 ¹¹⁸	x	0	1	0
Droit du travail	5 ¹¹⁹	x x x x x	0	2	3
Droit commercial	3 ¹²⁰	x x x	1	2	0
Droit de l'action sociale	2 ¹²¹	x x	1	0	1
Droit des étrangers	1 ¹²²	x	1	0	0
Droit des transports	1 ¹²³	x	0	0	1
Droit de l'urbanisme	2 ¹²⁴	xx	1	0	1
Droit de l'organisation judiciaire	1 ¹²⁵	x	0	0	1
Droit rural	1 ¹²⁶	x	0	0	1
Droit de la nationalité	2 ¹²⁷	xx	0	1	1

Droit de l'environnement	1 ¹²⁸	x	1	0	0
Droit de la sécurité intérieure	2 ¹²⁹	xx	0	1	1
Droit des collectivités territoriales	1 ¹³⁰	x	0	1	0
Autres	2 ¹³¹	xx	1	1	0

x = censure ; x = examen sans censure ; x = pas d'examen apparent

Le nombre total de QPC est légèrement supérieur à 38 (nombre de QPC évoquant un MSO) dans la mesure où certaines QPC peuvent concerner plusieurs branches du droit.

- 40 D'un point de vue quantitatif, il apparaît clairement, en premier lieu, que le Conseil constitutionnel soulève davantage de moyens d'office lorsque la disposition législative contestée régit le droit fiscal ou, dans une moindre mesure, le droit du travail¹³².
- 41 Le tableau IIA1 pourrait alors être analysé comme mettant en lumière une forme de vigilance exercée spécifiquement par le Conseil constitutionnel dans certains domaines juridiques. Cette analyse conduirait alors à l'hypothèse suivante : en droit fiscal et en droit du travail plus qu'ailleurs, il serait préférable que les droits et libertés soient particulièrement protégés (Le droit du travail est certes un domaine particulièrement sensible du point de vue des droits et des libertés dans la mesure où la relation de travail est, par hypothèse, inégalitaire¹³³. Une part importante du droit de la non-discrimination trouve d'ailleurs son origine dans cette branche du droit¹³⁴. Est-ce à conclure que les droits et libertés doivent davantage y être préservées qu'en droit des étrangers ou en droit de la nationalité (matières par hypothèse, elles-aussi, intrinsèquement inégalitaires, l'Etat exerçant en ces domaines un pouvoir particulièrement important, souverain voire discrétionnaire¹³⁵) ? Les droits et libertés doivent-ils davantage être préservés en droit du travail qu'en droit pénal et de la procédure pénale (domaine où le Conseil constitutionnel soulève certes davantage de moyens d'office que dans d'autres, mais dans une proportion moindre qu'en droit du travail).
- 42 Le droit fiscal est également, par hypothèse, une branche du droit fondée sur une relation particulièrement déséquilibrée entre, d'une part, l'Etat créancier, et le citoyen débiteur et soumis à une obligation du paiement desdits impôts¹³⁶, et ce d'autant plus que dans le cadre du contentieux QPC, le Conseil constitutionnel a considéré que le « consentement à l'impôt » consacré par l'article 14 DDHC n'instituait pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit (ce qui exclut la possibilité pour le justiciable d'invoquer, à l'appui, d'une QPC, le grief tiré de la violation du principe de consentement à l'impôt). Pour autant, faut-il là encore en conclure que les droits et libertés méritent une attention particulière en ce domaine ? Le Conseil constitutionnel doit-il être davantage être vigilant en matière fiscale qu'en matière de sécurité intérieure (où, là encore, sans être négligeable, le nombre de moyens soulevés d'office reste significativement inférieur au domaine fiscal) ou dans le domaine du droit de la presse et des médias (où la liberté d'expression joue un rôle central) ? La réponse à apporter à de telles interrogations est, il est vrai, susceptible de varier en fonction du

« type » de requérant soulevant la QPC : si l'on peut aisément admettre que le justiciable « particulier » puisse voir ses droits et libertés particulièrement protégés dans un domaine où il ne peut se soustraire à l'obligation qui pèse sur lui de payer ses impôts, en est-il de même lorsque le justiciable est une société ou une entreprise ? En l'occurrence, il apparaît que sur les 7 QPC dans lesquels un moyen est relevé d'office dans le domaine du droit fiscal, 3 ont été portées par des requérants individuels¹³⁷, 3 par des sociétés¹³⁸ et 1 par une association¹³⁹. Il est d'autant moins possible de tirer de ces chiffres des conclusions tranchées qu'une seule censure est prononcée sur le fondement du moyen soulevé d'office (dans 1 QPC soulevée par un requérant individuel¹⁴⁰) ; que dans 2 QPC les moyens soulevés ne sont pas même examinés (en vertu du principe d'économie de moyens¹⁴¹), 1 concerne une question « technique »¹⁴² ; et que dans les 2 QPC¹⁴³ dans lesquelles le moyen est examiné (sans qu'il ne s'en suive une censure législative), l'une est portée par une société et l'autre par une personne privée. Ainsi, lorsque le nombre de moyens soulevés d'office en droit fiscal (comme ailleurs) est mis en perspective avec le nombre de censures prononcées sur le fondement dudit moyen soulevé d'office, on observe que sur les 6 QPC mentionnant un « grief susceptible d'être soulevé d'office », 3 d'entre elles n'examinent pas réellement de moyen soulevé d'office. Deux autres procèdent à l'examen du moyen, tandis qu'une seule d'entre elles conduit effectivement à la censure de la disposition législative en cause sur le fondement du moyen soulevé d'office. En droit du travail, en revanche, les 5 moyens soulevés d'office sont examinés et 3 conduisent à la censure de la disposition en cause.

- 43 Ainsi, si l'analyse se porte non pas sur le nombre de QPC qui mentionnent (formellement) un « *grief susceptible d'être soulevé d'office* » mais sur le nombre de moyens soulevés d'office qui conduit à la censure de la disposition législative en cause, il apparaît que le pouvoir du Conseil constitutionnel de soulever des moyens d'office n'a pas une *portée* particulièrement importante en droit fiscal (pas plus qu'en matière d'état d'urgence, en droit de la sécurité sociale ou de l'action sociale, en droit rural, en droit des personnes, en droit de l'urbanisme, ou en droit de l'organisation judiciaire, toutes matières dans lesquelles le ratio « moyen soulevé d'office/censure de la disposition législative » est équivalent à celui qu'on retrouve en droit fiscal).
- 44 En revanche, si l'analyse porte non pas sur le nombre de QPC qui mentionnent formellement un « *grief susceptible d'être soulevé d'office* » mais sur le nombre de griefs relevés d'office qui est examiné, il apparaît qu'à côté du droit travail, le champ du droit pénal et la procédure pénale (ainsi que le droit de la sécurité sociale et le droit disciplinaire) apparaissent également comme « méritant » la vigilance du Conseil constitutionnel.
- 45 En d'autres termes, il est assurément difficile de tirer des conclusions franches de l'analyse des branches du droit concernés par les décisions QPC mentionnant un moyen soulevé d'office. On peut simplement envisager l'existence d'un intérêt particulier du Conseil constitutionnel à l'égard du droit fiscal et du droit du travail, tous deux, par hypothèse, de nature « économique ». Ce constat permet alors de poser une nouvelle hypothèse : celle au regard de laquelle la QPC serait finalement un terrain de prédilection pour la mise en œuvre des libertés économiques¹⁴⁴ ; hypothèse ici renforcée par l'analyse spécifique des moyens soulevés par le Conseil constitutionnel.

B. La protection spécifique de certains droits et libertés

Tableau IIB2 : Analyse des griefs invoqués par le Conseil constitutionnel

Moyen invoqué	Nombre de QPC	Sort réservé au MSO	Nombre de censure
Inviolabilité du domicile ¹⁴⁵ (article 2 DDHC)	1	x	1
Article 12 DDHC ¹⁴⁶	1	x	0
Principe d'égalité :	6		
Article 6 DDHC ¹⁴⁷	4	x x x x	3
Article 13 DDHC ¹⁴⁸	1	x	1
Egalité des armes (procès équitable) ¹⁴⁹	1	x	0
Article 16 DDHC ¹⁵⁰	9	x x x x x x x x	2
Principe de nécessité des peines ¹⁵¹	1	x	1
Principe de responsabilité ¹⁵² (article 4 DDHC)	3	x x x	0
Incompétence négative :	8		
Seule (!) ¹⁵³	1	x x x x x x x x	0
Lié à un autre DL ¹⁵⁴	7		4
Droit de la propriété	5		
Seul ¹⁵⁵	1	x x x x x	0
lié à l'incompétence négative ¹⁵⁶	4		3
Liberté d'entreprendre	5		
Seul	0	x x x x x	2
Lié à l'incompétence négative ¹⁵⁷	5		
Liberté contractuelle ¹⁵⁸	1	xx	0
Autres (questions techniques) ¹⁵⁹	2	xx	0

x = censure ; x = examen sans conséquence Le nombre total de QPC est supérieur à 38 (nombre de QPC évoquant un MSO) dans la mesure où certaines QPC peuvent évoquer plusieurs moyens soulevés d'office

- 46 D'un point de vue quantitatif, le moyen les plus souvent soulevé d'office dans le cadre de la QPC est celui tiré de l'article 16 DDHC. Dans cette catégorie apparaissent deux types de moyens quelque peu distincts l'un de l'autre : d'une part, les griefs tirés de la méconnaissance des règles relatives au procès équitable (droit au recours juridictionnel effectif, principe d'impartialité des tribunaux, principe d'indépendance des juridictions, droits de la défense)¹⁶⁰ et, dans une moindre mesure, le principe de

sécurité juridique dont découle le droit au maintien des situations juridiques antérieures légalement admises¹⁶¹. Le second moyen le plus invoqué d'office est relatif à la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence en ce que cette méconnaissance affecterait le principe de la liberté d'entreprendre et/ou le droit de propriété. En troisième position arrive, (et ce, de manière peu étonnante dans la mesure où il s'agit, de manière générale, du moyen le plus invoqué dans le cadre de la QPC), le moyen tiré de la violation du principe d'égalité.

- 47 De ces quelques données statistiques découlent plusieurs observations.
- 48 En premier lieu, on peut être frappé de ce que la majorité des moyens soulevés découlent des droits et libertés garantis par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. A l'exception du moyen tiré de la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence (qui découle de l'article 34 de la Constitution), tous les moyens invoqués d'office sont rattachés (directement ou indirectement) à la DDHC. Aucun moyen relevé d'office n'est tiré du préambule de la déclaration de 1946, de la Charte de l'environnement, ou d'un principe constitutionnel dégagé par le Conseil constitutionnel. De manière générale, aucun droit dit « social » n'est soulevé d'office par le Conseil. Faut-il alors en conclure qu'il est davantage enclin à protéger les droits fondamentaux « traditionnels », c'est-à-dire ceux historiquement rattachés à la catégorie des droits civils et politiques ? Ou se sent-il plus légitime à invoquer ces droits « traditionnels » qu'à mobiliser ceux dont la consécration, plus récente, résulte de sa propre jurisprudence¹⁶² ?
- 49 En second lieu, il apparaît que par le Conseil constitutionnel réserve, d'une part, une place significative à l'article 16 DDHC. Sur ce point, il n'est cependant peut-être n'est finalement que peu étonnant qu'un organe juridictionnel attache une attention renforcée aux respects des droits du procès équitable. D'autre, il réserve à une place significative aux libertés économiques (droit de propriété et liberté d'entreprendre). Plus encore, il apparaît que le Conseil constitutionnel attache une importance particulière à ce que le législateur use de toute sa compétence dès lors que le droit de propriété et la liberté d'entreprendre sont susceptibles d'être impactés par la mesure envisagée.
- 50 Comme on a déjà pu l'écrire par ailleurs¹⁶³, au moment de la création de la QPC en 2008, la pertinence d'accepter le grief tiré de l'incompétence négative du législateur est d'emblée admise. Le Conseil juge en effet que le fait, pour le législateur, de « *ne pas exercer pleinement sa compétence pourra entraîner, par l'enchaînement inévitable des conséquences, des répercussions sur les droits des individus* »¹⁶⁴. L'article 34 de la Constitution disposant que la loi fixe « *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* », il apparaissait si ce n'est évident du moins censé d'envisager l'existence d'une sorte de droit individuel (ou subjectif) à voir le législateur réglementer les questions relatives aux libertés et droits que la Constitution garantit. Partant, il n'y a dès lors *a priori* rien de particulièrement étonnant à ce que le Conseil constitutionnel soulève significativement ce grief. Que dire toutefois du fait qu'il ne l'évoque (à une exception près) que dès lors que l'incompétence négative du législatif est susceptible d'affecter le droit de propriété et la liberté d'entreprendre puisque (comme l'indiquent les flèches dans le tableau IIB2), dans les 7 cas où l'incompétence négative est soulevée d'office, elle est liée, dans 3 QPC, au droit de propriété ; dans 3

QPC, à la liberté d'entreprendre, et dans 1 QPC à la fois au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre ?

- 51 Ne peut-on pas (là encore) poser l'hypothèse au regard de laquelle, en soulevant davantage des griefs tirés de la violation de certains droits ou libertés, le Conseil constitutionnel procède à une forme de hiérarchisation entre ces différents droits et libertés au regard de l'intérêt tout particulier qu'il porte à leur protection ?
- 52 En tout état de cause, il apparaît que ce n'est donc pas le seul intérêt des requérants (ou de tous les requérants) qui guide l'usage fait par le Conseil constitutionnel des moyens soulevés d'office. En ce sens, certains auteurs soulignaient déjà que, par ce relevé d'office, « l'instance échappe aux requérants : le juge met le pied dans la porte et l'ouvre d'autorité »¹⁶⁵ ; il était même observé que « dans tous ces cas, ce ne sont pas les droits subjectifs des requérants qui déterminent, à eux seuls, l'intérêt de soulever des moyens d'office ». Selon eux, c'était alors « bien l'impératif de préservation de la suprématie constitutionnelle »¹⁶⁶ qui expliquait, avant tout, la mobilisation par le Conseil des griefs susceptibles d'être relevés d'office. Cependant, les données statistiques mobilisées montrent que les moyens soulevés d'office sont loin de conduire à l'invalidation systématique de la disposition législative en cause : leur principal usage n'est donc pas d'assurer « coûte que coûte » la suprématie de la Constitution. Dans ces conditions, émerge l'hypothèse selon laquelle c'est aussi la suprématie de son propre pouvoir que le Conseil affirme lorsqu'il relève un moyen d'office dès lors qu'il mobilise ce pouvoir pour guider, comme il l'entend, le législateur dans son travail législatif.

NOTES

1. 730 QPC ont été étudiées dans le cadre du projet de recherche collectif dans lequel s'inscrit la présente contribution. 4 QPC (rendues pendant l'année 2020) ont y été ajoutée par l'auteure de ces lignes.

2. L'expression consacrée évolue dans le temps : dans quatre QPC, et ce principalement entre CC, 17 septembre 2010, n° 2010-28 QPC et CC, 13 mai 2011, n° 2011-129 QPC, le Conseil constitutionnel utilise l'expression : « grief susceptible d'être soulevé par lui ». Entre CC, 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC et CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431QPC (à l'exception de CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC), il utilise l'expression : « grief susceptible d'être soulevé d'office ». A partir de CC, 31 juillet 2015, n° 2015-479 QPC, il utilise l'expression : « grief susceptible d'être relevé d'office ». Et ce alors même que depuis la décision du 4 février 2010, le terme apparemment (et textuellement) consacré est celui « les griefs susceptibles d'être relevés d'office »...Et qu'en DC, c'est l'expression « soulevé d'office » qui prévaut.

3. Anne-Charlène Bezzina, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014, p. 11.

4. Voir notamment : article 120 CPC qui permet au juge de « relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice » ou l'article 125 CPC qui dispose que les « fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public (...) ».

5. Voir notamment : article R611-7 CJA : « Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou le président de la chambre chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement (...) ».
6. CC, 18 novembre 1982, n° 82-146 QPC, considérant 10 : « En ce qui concerne les autres dispositions de la loi :
Considérant qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution de la loi soumise à son examen ». Voir aussi, sur l'évolution : Régis Fraisse, « La chose jugée par le conseil constitutionnel dans les motifs et les dispositifs de ses décisions et la QPC », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n° 20.
7. Anne-Charlène Bezzina, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014, p. 17.
8. Ce qui n'a pas manqué de surprendre certains auteurs : Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2020, p. 452. Voir aussi, Edouard Dubout, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *Revue de droit public*, n° 1, 2013, p. 107.
9. Xavier Magnon (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, pratique et contentieux*, Litec, Coll. Procédures, 2011, p. 210.
10. Anne-Charlène Bezzina, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014, p. 20.
11. Michel Verpeaux, Pierre de Montalivet, Agnès Roblot-Troizier, Ariane Vidal-Naquet, *Droit constitutionnel : les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 2011.
12. Jean-François Lachaume, Hélène Pauliat, Stéphane Braconnier, Clothilde Deffigier, *Droit administratif ; les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 2010.
13. Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2020,
14. Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Nathalie Jacquinet, Xavier Magnon, Wanda Mastor et Agnès Roblot-troizier, « Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s) ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38 - Janvier 2013.
15. Anne-Charlène Bezzina *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, op. cit. ; André Laignel, « le gouvernement des juges », *Le monde*, 27 janvier 1983 ; David Bailleul, « Quand le juge ressemble au constituant », *Dalloz*, 2004, p. 3089 ; Jean-Sébastien Boda, « Et si on supprimait le Conseil constitutionnel », *Le monde*, 23 février 2010.
16. Michel Troper, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Cornac*, Paris Economica, 2001, p. 52 : « on appelle gouvernement des juges, toute situation dans laquelle des magistrats, quels qu'ils soient (...) paraissent disposer d'un pouvoir excessif ».
17. Anne-Charlène Bezzina *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 19.
18. *Ibid.*, p. 18.
19. *Ibid.*
20. Jacques Meunier « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique, » *Pouvoirs* 2003/2 (n° 105), p. 29.
21. *Ibid.*
22. *Ibid.*
23. Marine Haulbert, *Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité a posteriori*, Mémoire de M2, sous la direction d'Alexandre Viala, Université Montpellier I, p. 129.
24. *Ibid.*
25. Marine Haulbert, *Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité a posteriori*, op.cit., p. 129.
26. Principalement dans les débuts de la QPC, certaines décisions soulèvent également des moyens soulevés d'office sans que ce recours ne soit formellement mentionné : CC, 3 décembre

2010, n° 2010-76 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC (une marge d'erreur doit donc à ce propos être envisagée).

27. CC, 15 janvier 2021, n° 2020-873 QPC ; CC, 13 novembre 2020, n° 2020-864 QPC ; CC, 11 octobre 2018, n° 2018-738 QPC ; CC, 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC ; CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC ; CC, 22 juillet 2016, n° 2016-554 QPC ; CC, 6 juillet 2016, n° 2016-551 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-530 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-529 QPC ; CC, 2 mars 2016, n° 2015-523 QPC ; CC, 22 janvier 2016, n° 2015-517 QPC ; CC, 14 octobre 2015, n° 2015-491 QPC ; CC, 17 septembre 2015, n° 2015-480 QPC ; CC, 31 juillet 2015, n° 2015-479 QPC ; CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431 QPC ; CC, 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC ; CC, 2 juin 2014, n° 2014-398 QPC ; CC, 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC ; CC, 11 octobre 2013, n° 2013-347 QPC ; CC, 27 septembre 2013, n° 2013-343 QPC ; CC, 1 août 2013, n° 2013-336 QPC ; CC, 26 juillet 2013, n° 2013-334/335 QPC ; CC, 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC ; CC, 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC ; CC, 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC ; CC, 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC ; CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC ; CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC ; CC, 22 juillet 2011, n° 2011-152 QPC ; CC, 13 juillet 2011, n° 2011-153 QPC ; CC, 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC ; CC, 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC ; CC, 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC ; CC, 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC ; CC, 14 décembre 2010, n° 2010-28 QPC. Voir également les décisions dans lesquelles le relevé d'office n'apparaît pas expressément : CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC.

28. CC, 13 novembre 2020, n° 2020-864 QPC ; CC, 14 octobre 2015, n° 2015-491 QPC ; CC, 11 octobre 2013, n° 2013-347 QPC ; CC, 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC ; CC, 22 juillet 2011, n° 2011-152 QPC ; CC, 26 juillet 2013, n° 2013-334/335 QPC ; CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431 QPC ; CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC ; CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC ; CC, 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC ; CC, 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC.

29. CC, 15 janvier 2021, n° 2020-873 QPC ; CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC ; CC, 22 juillet 2016, n° 2016-554 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-530 QPC ; CC, 2 mars 2016, n° 2015-523 QPC ; CC, 2 juin 2014, n° 2014-398 QPC ; CC, 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC ; CC, 27 septembre 2013, n° 2013-343 QPC ; CC, 1 août 2013, n° 2013-336 QPC ; CC, 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC ; CC, 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC ; CC, 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC ; CC, 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC ; CC, 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC ; CC, 22 janvier 2016, n° 2015-517 QPC ; CC, 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC ; CC, 13 juillet 2011, n° 2011-153 QPC ; CC, 14 décembre 2010, n° 2010-28 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-529 QPC ; CC, 6 juillet 2016, n° 2016-551 QPC ; CC, 17 septembre 2015, n° 2015-480 QPC ; CC, 31 juillet 2015, n° 2015-479 QPC ; CC, 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC ; CC, 11 octobre 2018, n° 2018-738 QPC. Il faut également mentionner les QPC : CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC dans lesquelles le Conseil précise que la disposition est constitutionnelle « dans les conditions » qu'il vient d'énoncer ; CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC : la précision est en l'espèce moins évidente.

30. Le corpus du projet de recherche comprend 730 QPC (entre le 1^{er} janvier 2010 et le 31 décembre 2019) et l'auteur du présent papier y a intégré quatre QPC supplémentaires de 2020.

31. En mathématiques, un résultat est considéré comme « négligeable » lorsqu'il est inférieur à 1 %.

32. Le seuil de signification étant souvent fixé à 5 %.

33. A titre de comparaison : dans le cadre du contrôle *a priori*, on trouve 50 décisions dans l'occurrence « soulevé d'office » apparaît sur 868 DC ; soit un pourcentage relativement similaire aux occurrences présentes dans le cadre du contrôle *a posteriori* à hauteur de 5,7 %.

34. Anne-Charlène Bezzina *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 10 (note 54).

35. *Ibid.*, p. 18 en s'appuyant sur Gilles Lebreton, *Revue de droit public*, 1983, p. 429.

36. Voir notamment CC, 30 décembre 1977, n° 77-89 DC.

37. Voir notamment CC, 4 août 2016, n° 2016-737 DC.

38. CC, 10 novembre 2016, n° 2016-738 DC.

39. Voir notamment, pour les décisions les plus récentes, CC, 28 décembre 2020, n° 2020-813 DC ; CC, 21 décembre 2020, n° 2010-810 DC ; CC, 3 décembre 2020 n° 2020-807, DC.

40. Le verbe « sembler » s'impose ici car toutes les décisions DC antérieures et postérieures à la décision n° 2016-738 n'ont pas été étudiées par l'auteur du présent article. Il n'est donc pas possible de marquer avec certitude le début de cette précision. Il n'est pas davantage possible d'affirmer que toutes les décisions postérieures à cette décision contiennent une telle précision.

41. Historiquement, ce manque de clarté semblait avoir été directement souhaité par certains membres du Conseil constitutionnel. Voir, Jean-Pierre Machelon, Bertrand Mathieu, Ferdinand Melin-Soucramanien, Xavier Philippe, Dominique Rousseau, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel : 1958-1986*, Dalloz, 2014 : à propos de la décision CC, 11 août 1960, n° 60-8 et de la rédaction du « considérant-balai », Georges Pompidou « conseille d'essayer d'éviter de dire formellement que le Conseil a examiné la loi sans pour autant que celui paraisse se dérober ».

42. Voir notamment : Louis Favoreu, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, II-1986, p. 622 ; George Vedel, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, 1989, p. 17 ; Damien Connil « L'étendue de la chose jugée par le Conseil constitutionnel lors d'une question prioritaire de constitutionnalité : observations dubitatives sur l'état de la jurisprudence », *RFDA*, 2011, p. 742.

43. Louis Favoreu, « L'effectivité des décisions de justice en droit public interne », in *L'effectivité des décisions de Justice*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXVI, 1987, p. 615.

44. Voir notamment, CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-188 QPC.

45. La quantité de QPC dans lesquelles le Conseil soulève un moyen d'office sans le préciser expressément ne saurait être affirmée avec certitude.

46. Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Nathalie Jacquinot, Xavier Magnon, Wanda Mastor, Agnès Roblot-Troizier, « Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s) ? », *op.cit.*

47. Anne-Charlène Bezzina *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 19.

48. Dans quatre QPC, et ce principalement entre la première décision (CC, 17 septembre 2010, n° 2010-28 QPC) dans laquelle il soumet aux parties un grief susceptible d'être soulevé d'office et la décision QPC du 13 mai 2011 (CC, 13 mai 2011, n° 2010-28 QPC) le Conseil constitutionnel utilise l'expression : « grief susceptible d'être soulevé par lui ». Entre le 24 juin 2011 (CC, 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC) et le 28 novembre 2014 (CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431 QPC à l'exception de CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC, il utilise l'expression : « grief susceptible d'être soulevé d'office ». A partir du 31 juillet 2015 (CC, 31 juillet 2015, n° 2015-479 QPC), il utilise l'expression : « grief susceptible d'être relevé d'office ». Et ce alors même que depuis la décision du 4 février 2010, le terme apparemment (et textuellement) consacré est celui « les griefs susceptibles d'être relevés d'office »...Et qu'en DC, ce sont les termes « soulevés d'office » qui prévalent.

49. Le Conseil a également pu affirmer, de manière tout aussi absolue, que les dispositions « ne sont pas contraires aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Voir notamment, CC, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC.

50. Cf. *infra*.

51. Jean-Pierre Machelon, Bertrand Mathieu, Ferdinand Melin-Soucramanien, Xavier Philippe, Dominique Rousseau, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel : 1958-1986*, *op.cit.* : Délibération du Conseil constitutionnel, séance du 18 novembre 1982.

52. Anne-Charlène Bezzina, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, p. 33 se référant aux analyses de Bruno Gevenois, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle prévisible ? », *Pouvoirs*, 1991, n° 59, p. 132. Voir également, Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit* ; Guillaume Drago, « Le contentieux

constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature », Mélanges Roland Drago, Economica, 1996, p. 9.

53. Georges Vedel « La place de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 61.

54. *Ibid.*

55. CC, 15 janvier 2021, n° 2020-873 QPC ; CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC ; CC, 22 juillet 2016, n° 2016-554 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-530 QPC ; CC, 2 mars 2016, n° 2015-523 QPC ; CC, 2 juin 2014, n° 2014-398 QPC ; CC, 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC ; CC, 27 septembre 2013, CC, 27 septembre 2013, n° 2013-343 QPC, CC, 1 août 2013, n° 2013-336 ; CC, 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC ; CC, 17 juin 2011, n° 2011-137 QPC ; CC, 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC.

56. Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Nathalie Jacquinet, Xavier Magnon, Wanda Mastor, Agnès Roblot-Troizier, « Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s) ? », *op. cit.*

57. Sur ce point, on se permet de renvoyer à Stéphanie Hennette-Vauchez, Laurie Marguet, « La QPC et les « droits et libertés que la Constitution garantit » : consécration et façonnage d'une nouvelle catégorie du droit constitutionnel », *Dossier sur les 10 ans de la QPC, Revue des droits de l'homme*, même numéro que le présent papier.

58. Il n'existe que deux exceptions (sur 38 QPC). Dans ces deux QPC, le Conseil ne se réfère pas directement à un droit ou une liberté que la Constitution garantit... il n'est cependant pas aisé de comprendre quelle est la nature précise du relevé d'office à l'œuvre : cf. *infra*.

59. , Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Nathalie Jacquinet, Xavier Magnon, Wanda Mastor, Agnès Roblot-Troizier, « Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s) ? », *Nouveaux Cahiers Du Conseil Constitutionnel*, n° 38 - Janvier 2013. Par ailleurs, à propos de la décision n° 2011-153 QPC du 13 juillet 2011, M. Samir A., pour l'auteur des commentaires aux *Cahiers*, le relevé d'office se justifiait par la nécessité d'un examen plus général de l'article litigieux relatif au droit de faire appel contre certaines ordonnances.

60. Voir notamment « Guide pratique de la question prioritaire de constitutionnalité » élaborée par le Conseil constitutionnel disponible sur <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/guide-pratique-de-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc> : « Seul un changement des circonstances peut permettre de poser une QPC sur une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution ».

61. Voir notamment « Guide pratique de la question prioritaire de constitutionnalité », *op.cit.*

62. Bureau du droit constitutionnel de la Cour de cassation, Service de documentation, des études et du rapport, *La question prioritaire : analyse développée*, Présentation détaillée du dispositif de question prioritaire de constitutionnalité prévu par l'article 61-1 de la Constitution, disponible sur https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/qpc_3396/outils_relatifs_3647/question_prioritaire_analyse_developpee_15181.html

63. *Ibid.*

64. CC, 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC.

65. *Ibid.*

66. Bureau du droit constitutionnel de la Cour de cassation, Service de documentation, des études et du rapport, *La question prioritaire : analyse développée*, *op.cit.*

67. CC, 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, *Commentaire au Cahiers du Conseil constitutionnel*.

68. Bureau du droit constitutionnel de la Cour de cassation, Service de documentation, des études et du rapport, *La question prioritaire : analyse développée*, *op.cit.* Par exemple : Cass. civ., 16 novembre 2010, n° 1040042 : à propos du mariage entre personnes de même sexe, la Cour de cassation estime que « les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers » et « que comme telles, elles présentent un caractère

nouveau » ; Cass. crim., 19 janvier 2011, n° 1085159. Voir aussi, CE, 2 février 2012, Mme Le Pen, n° 355137. Voir sur cette question, Agnès Roblot-Troizier, « La QPC, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation », *Nouveaux Cahiers Du Conseil Constitutionnel*, n° 40 (Dossier : Le Conseil Constitutionnel : Trois ans de QPC), Juin 2013.

69. Principalement dans les débuts de la QPC, certaines décisions soulèvent également des moyens soulevés d'office sans que ce recours ne soit formellement mentionné : CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC (une marge d'erreur doit donc à ce propos être envisagée).

70. CC, 15 janvier 2021, n° 2020-873 QPC ; CC, 13 novembre 2020, n° 2020-864 QPC ; CC, 11 octobre 2018, n° 2018-738 QPC ; CC, 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC ; CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC ; CC, 22 juillet 2016, n° 2016-554 QPC ; CC, 6 juillet 2016, n° 2016-551 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-530 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-529 QPC ; CC, 2 mars 2016, n° 2015-523 QPC ; CC, 22 janvier 2016, n° 2015-517 QPC ; CC, 14 octobre 2015, n° 2015-491 QPC ; CC, 17 septembre 2015, n° 2015-480 QPC ; CC, 31 juillet 2015, n° 2015-479 QPC ; CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431 QPC ; CC, 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC ; CC, 2 juin 2014, n° 2014-398 QPC ; CC, 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC ; CC, 11 octobre 2013, n° 2013-347 QPC ; CC, 27 septembre 2013, n° 2013-343 QPC ; CC 1 août 2013, n° 2013-336 QPC ; CC, 26 juillet 2013, n° 2013-334/335 QPC ; CC, 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC ; CC, 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC ; CC, 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC ; CC, 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC ; CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC ; CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC ; CC, 22 juillet 2011, n° 2011-152 QPC ; CC, 13 juillet 2011, n° 2011-153 QPC ; CC, 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC ; CC, 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC ; CC, 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC ; CC, 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC ; CC, 14 décembre 2010, n° 2010-28 QPC. Voir également les décisions dans lesquelles le relevé d'office n'apparaît pas expressément : CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC.

71. Voir **note n° 26** à l'exception de CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC.

72. CC, 15 janvier 2021, n° 2020-873 QPC ; CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC ; CC, 22 juillet 2016, n° 2016-554 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-530 QPC ; CC, 2 mars 2016, n° 2015-523 QPC ; CC, 2 juin 2014, n° 2014-398 QPC ; CC, 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC ; CC, 27 septembre 2013, n° 2013-343 QPC ; CC 1 août 2013, n° 2013-336 QPC ; CC, 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC ; CC, 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC ; CC, 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC ; CC, 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC.

73. CC, 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC ; CC, 22 janvier 2016, n° 2015-517 QPC ; CC, 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC ; CC, 13 juillet 2011, n° 2011-153 QPC.

74. CC, 14 décembre 2010, n° 2010-28 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-529 QPC ; CC, 6 juillet 2016, n° 2016-551 QPC ; CC, 17 septembre 2015, n° 2015-480 QPC ; CC, 31 juillet 2015, n° 2015-479 QPC ; CC, 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC ; CC, 11 octobre 2018, n° 2018-738 QPC. Il faut également mentionner les QPC : CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC dans lesquelles le Conseil précise que la disposition est constitutionnelle « dans les conditions » qu'il vient d'énoncer ; CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC : la précision est en l'espèce moins évidente.

75. CC, 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC : « 27. Les dispositions contestées confèrent aux agents de la force publique la possibilité de se faire assister, pour la mise en œuvre des palpations de sécurité et des inspections et fouilles de bagages, par des agents agréés exerçant une activité privée de sécurité. Ce faisant, le législateur a permis d'associer des personnes privées à l'exercice de missions de surveillance générale de la voie publique. Il résulte des dispositions contestées que ces personnes ne peuvent toutefois qu'assister les agents de police judiciaire et sont placées « sous l'autorité d'un officier de police judiciaire ». Il appartient aux autorités publiques de prendre les dispositions afin de s'assurer que soit continûment garantie l'effectivité du contrôle exercé sur ces personnes par les officiers de police judiciaire. Sous cette réserve, ces dispositions ne méconnaissent pas les exigences découlant de l'article 12 de la Déclaration de 1789 ».

76. CC, 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC : « 33. Toutefois, s'il était loisible au législateur de ne pas fixer les critères en fonction desquels sont mises en œuvre, au sein des périmètres de protection, les opérations de contrôle de l'accès et de la circulation, de palpations de sécurité, d'inspection et de fouille des bagages et de visite de véhicules, la mise en œuvre de ces vérifications ainsi confiées par la loi à des autorités de police judiciaire ou sous leur responsabilité ne saurait s'opérer, conformément aux droits et libertés mentionnés ci-dessus, qu'en se fondant sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes »

77. CC, 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC : « Les dispositions contestées permettent la saisie, au cours de la visite, non seulement de données et des systèmes informatiques et équipements terminaux qui en sont le support, mais aussi de « documents » et d'« objets ». Toutefois, à la différence du régime qu'il a défini pour les données et les supports, le législateur n'a fixé aucune règle encadrant l'exploitation, la conservation et la restitution des documents et objets saisis au cours de la visite. Par conséquent, les dispositions contestées méconnaissent le droit de propriété. Dès lors, les mots « des documents, objets ou » figurant au premier alinéa de l'article L. 229-1, les mots « objets, documents et » figurant au premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 229-4 et les mots « documents, objets ou » et « objets, documents ou » figurant respectivement aux premier et second alinéas du paragraphe I de l'article L. 229-5 du code de la sécurité intérieure doivent être déclarés contraires à la Constitution ».

78. CC, 22 janvier 2016, n° 2015-517 QPC : « 12. Considérant, en deuxième lieu, que l'agent de contrôle qui a constaté l'infraction notifie cette situation au maître d'ouvrage ou au donneur d'ordre, en désignant les salariés victimes, le cocontractant ou l'entreprise sous-traitante en cause et en décrivant les conditions d'hébergement estimées incompatibles avec la dignité humaine, en lui impartissant de les faire cesser dans un délai compatible avec la situation d'urgence constatée ; que le destinataire de la notification peut contester l'engagement de sa responsabilité devant la juridiction compétente ; qu'il a la faculté d'agir auprès de son cocontractant ou de l'entreprise sous-traitante, par les moyens contractuels dont il dispose, aux fins de régularisation ; 14. Considérant, toutefois, que le principe de responsabilité serait méconnu si les dispositions déferées imposaient au maître d'ouvrage ou au donneur d'ordre une obligation de prise en charge de l'hébergement collectif des salariés autres que ceux qui sont employés à l'exécution du contrat direct ou de sous-traitance et pendant une durée excédant celle de l'exécution dudit contrat ».

79. CC, 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC : « 14. Considérant que, par suite, la présomption prévue par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 26-4 ne saurait s'appliquer que dans les instances engagées dans les deux années de la date de l'enregistrement de la déclaration ; que, dans les instances engagées postérieurement, il appartient au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqué ; que, sous cette réserve, l'article 26-4 du code civil ne méconnaît pas le respect des droits de la défense ».

80. CC, 13 juillet 2011, n° 2011-153 : « 12. Considérant que, toutefois, les dispositions de l'article 186 du code de procédure pénale ne sauraient, sans apporter une restriction injustifiée aux droits de la défense, être interprétées comme excluant le droit de la personne mise en examen de former appel d'une ordonnance du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention faisant grief à ses droits et dont il ne pourrait utilement remettre en cause les dispositions ni dans les formes prévues par les articles 186 à 186-3 du code de procédure pénale ni dans la suite de la procédure, notamment devant la juridiction de jugement ; que, sous cette réserve, l'article 186 du code de procédure pénale ne méconnaît pas les articles 6 et 16 de la Déclaration de 1789 ».

81. CC, 20 janvier 1993, n° 92-316 DC.

82. Marine Haulbert, *Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité a posteriori*, Mémoire de M2, sous la direction d'Alexandre Viala, Université Montpellier I, p. 130.

83. Pierre Mazeaud, « L'erreur en droit constitutionnel », Intervention au Colloque portant sur « L'erreur », organisé à l'Institut de France les 25-26 octobre 2006 (disponible sur le site Internet du Conseil constitutionnel).

84. Marine Haulbert, *Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité a posteriori*, Mémoire de M2, sous la direction d'Alexandre Viala, Université Montpellier I, p. 130.

85. *Ibid.*, p. 129.

86. CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC.

87. CC, 23 mars 2016, n° 2015-529 QPC.

88. CC, 14 décembre 2010, n° 2010-28 QPC.

89. CC, 11 octobre 2018, n° 2018-738 QPC. L'auteur du commentaire aux cahiers précise que « la présente QPC a ainsi seulement exprimé positivement ce qui était jugé, implicitement, dans la décision n° 2011-199 QPC » ; CC, 17 septembre 2015, n° 2015-480 QPC. L'auteur du commentaire aux cahiers précise que « le Conseil constitutionnel avait déjà, implicitement, adopté une position similaire lors de la décision n° 2015-458 QPC précitée ».

90. Par exemple, CC, 6 juillet 2016, n° 2016-551 QPC. Dans cette QPC, s'il conclut « qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a suffisamment défini les garanties encadrant l'accès à la profession d'avocat et n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence ». le Conseil précise néanmoins « qu'il incombe au législateur, lorsqu'il fixe les conditions d'accès à cette profession, de déterminer les garanties fondamentales permettant d'assurer le respect des droits de la défense et de la liberté d'entreprendre ». L'apport de ces précisions peut apparaître plus ou moins « évident ». Dans CC, 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC, comme le souligne le commentaire aux cahiers : « le Conseil, après avoir rappelé les considérants de principe correspondant aux droits et libertés garantis par la Constitution expressément contrôlés, a d'abord identifié le motif d'intérêt général poursuivi par le législateur : « en permettant au tribunal d'exonérer en tout ou partie les dirigeants fautifs de la charge de l'insuffisance d'actif, le législateur a entendu prendre en compte, d'une part, la gravité et le nombre des fautes de gestion retenues contre eux et l'état de leur patrimoine et, d'autre part, les facteurs économiques qui peuvent conduire à la défaillance des entreprises ainsi que les risques inhérents à leur exploitation ; que ces aménagements aux conditions dans lesquelles le dirigeant responsable d'une insuffisance d'actif peut voir sa responsabilité engagée répondent à l'objectif d'intérêt général de favoriser la création et le développement des entreprises » (cons. 9). Le Conseil a ensuite relevé les garanties qui encadrent le pouvoir du juge : d'abord, une jurisprudence constante impose l'application du principe de proportionnalité dont il résulte que « le montant des sommes au versement desquelles les dirigeants sont condamnés doit être proportionné au nombre et à la gravité des fautes de gestion qu'ils ont commises » ; ensuite, « la décision relative à l'indemnisation est prise à l'issue d'une procédure contradictoire et justifiée par des motifs appropriés soumis au contrôle de la Cour de cassation » (cons. 10). Le Conseil en a déduit que, « d'une part, les dispositions contestées n'ont pas pour effet de conférer à la juridiction saisie un pouvoir arbitraire dans la mise en œuvre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », et que, « d'autre part, les limitations apportées par ces dispositions au principe selon lequel tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer sont en adéquation avec l'objectif d'intérêt général poursuivi ». L'existence d'un pouvoir d'appréciation confié au juge par le législateur implique inévitablement que des dirigeants puissent être traités différemment ; cependant, le Conseil a jugé que « les différences de traitement entre dirigeants qui en résultent sont en rapport direct avec l'objet de la loi » (cons. 11). En définitive, le Conseil a déclaré le premier alinéa de l'article L. 651-2 du code de commerce conforme à la Constitution (cons. 12) ». CC, 31 juillet 2015, n° 2015-479 QPC : Le Conseil a estimé qu'au regard des exigences constitutionnelles, en matière de responsabilité solidaire, « la loi peut instituer une solidarité de paiement dès lors que les conditions d'engagement de cette solidarité sont proportionnées à son étendue et en rapport avec l'objectif poursuivi par le législateur » (cons. 9). Il a ensuite « qu'ainsi, en instaurant la responsabilité solidaire contestée et en faisant porter cette responsabilité sur de telles sommes, le législateur n'a pas porté une atteinte manifestement disproportionnée au principe de responsabilité » (cons. 10) ; CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC, considérant 9 : « Considérant que le tribunal des affaires de sécurité sociale est une juridiction civile présidée par un magistrat du siège du tribunal de grande instance ; que ses deux assesseurs sont désignés par le premier président de la cour d'appel, après avis du président du tribunal des affaires de sécurité sociale, sur une liste établie par les autorités compétentes de l'État sur proposition, principalement, des organisations professionnelles représentatives ; qu'il appartient en particulier au

premier président, à l'issue de cette procédure de sélection des candidatures, de désigner les assesseurs qui présentent les compétences et les qualités pour exercer ces fonctions ; que ces assesseurs ne sont pas soumis à l'autorité des organisations professionnelles qui ont proposé leur candidature ; que l'article L. 144-1 du code de la sécurité sociale fixe des garanties de moralité et d'indépendance des assesseurs ; qu'en outre, la composition de cette juridiction assure une représentation équilibrée des salariés et des employeurs ; que, dès lors, les règles de composition du tribunal des affaires de sécurité sociale ne méconnaissent pas les exigences d'indépendance et d'impartialité qui résultent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

91. CC, 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC ; CC, 14 octobre 2015, n° 2015-491 QPC ; CC, 22 juillet 2011, n° 2011-152 QPC.

92. CC, 11 octobre 2018, n° 2018-738 QPC ; CC, 13 novembre 2020, n° 2020-864 QPC ; CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC ; CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC ; CC, 11 octobre 2013, n° 2013-347 ; CC, 17 septembre 2010, n° 2010-28 QPC ; CC, 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC ; CC, 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC ; CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431 QPC.

93. Voir notamment, Michel Verpeaux, *Le contentieux constitutionnel*, Dalloz, 2020, p. 73 ; Pierre Esplugas-Labatut, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2020, p. 50. Voir également, pour une position plus critique : Séverine Nicot, « Le Conseil constitutionnel face à ses contradictions », *RDLF*, 2011, chron. n° 13.

94. Cf. *supra*.

95. Principalement dans les débuts de la QPC, certaines décisions soulèvent également des moyens soulevés d'office sans que ce recours ne soit formellement mentionné : CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC (une marge d'erreur doit donc à ce propos être envisagée).

96. CC, 15 janvier 2021, n° 2020-873 QPC ; CC, 13 novembre 2020, n° 2020-864 QPC ; CC, 11 octobre 2018, n° 2018-738 QPC ; CC, 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC ; CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC ; CC, 22 juillet 2016, n° 2016-554 QPC ; CC, 6 juillet 2016, n° 2016-551 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-530 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-529 QPC ; CC, 2 mars 2016, n° 2015-523 QPC ; CC, 22 janvier 2016, n° 2015-517 QPC ; CC, 14 octobre 2015, n° 2015-491 QPC ; CC, 17 septembre 2015, n° 2015-480 QPC ; CC, 31 juillet 2015, n° 2015-479 QPC ; CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431 QPC ; CC, 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC ; CC, 2 juin 2014, n° 2014-398 QPC ; CC, 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC ; CC, 11 octobre 2013, n° 2013-347 QPC ; CC, 27 septembre 2013, n° 2013-343 QPC ; CC 1 août 2013, n° 2013-336 QPC ; CC, 26 juillet 2013, n° 2013-334/335 QPC ; CC, 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC ; CC, 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC ; CC, 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC ; CC, 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC ; CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC ; CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC ; CC, 22 juillet 2011, n° 2011-152 QPC ; CC, 13 juillet 2011, n° 2011-153 QPC ; CC, 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC ; CC, 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC ; CC, 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC ; CC, 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC ; CC, 14 décembre 2010, n° 2010-28 QPC. Voir également les décisions dans lesquelles le relevé d'office n'apparaît pas expressément : CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC.

97. Voir note n° 96 à l'exception de CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC.

98. CC, 13 novembre 2020, n° 2020-864 QPC ; CC, 14 octobre 2015, n° 2015-491 QPC ; CC, 11 octobre 2013, n° 2013-347 QPC ; CC, 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC ; CC, 22 juillet 2011, n° 2011-152 QPC.

99. CC, 26 juillet 2013, n° 2013-334/335 QPC ; CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431 QPC ; CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC ; CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC ; CC, 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC ; CC, 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC.

100. CC, 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC.

101. CC, 14 octobre 2015, n° 2015-491 QPC ; CC, 22 juillet 2011, n° 2011-152 QPC.

102. CC, 13 novembre 2020, n° 2020-864 QPC ; CC, 11 octobre 2013, n° 2013-347 QPC.

103. CC, 13 novembre 2020, n° 2020-864 QPC ; CC, 14 octobre 2015, n° 2015-491 QPC ; CC, 11 octobre 2013, n° 2013-347 QPC ; CC, 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC ; CC, 22 juillet 2011, n° 2011-152 QPC ; CC, 26 juillet 2013, n° 2013-334/335 QPC ; CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431 QPC ; CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC ; CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC ; CC, 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC.

104. CC, 26 juillet 2013, n° 2013-334/335 QPC. Dans cette QPC, la question (et non pas moyen) soulevée d'office est la suivante : « y a-t-il un obstacle de principe à ce qu'une QPC porte sur une pluralité de dispositions législatives ou invoque la méconnaissance d'une pluralité de droits et libertés que la Constitution garantit ? » ; CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431 QPC : sur le caractère réglementaire ou législatif de la disposition. ; CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC : le principe d'impartialité de la juridiction disciplinaire (repris par les requérants) ; CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC : principe des situations légalement acquise ; CC, 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC : liberté contractuelle ; CC, 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC : situation légalement acquise.

105. CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC.

106. CC, 26 juillet 2013, n° 2013-334/335 QPC, considérant 5 : « *Considérant que les règles constitutionnelles et organiques précitées ne s'opposent pas à ce qu'à l'occasion d'une même instance soit soulevée une question prioritaire de constitutionnalité portant sur plusieurs dispositions législatives dès lors que chacune de ces dispositions est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; qu'elles n'interdisent pas davantage au requérant d'invoquer à l'appui d'une même question prioritaire de constitutionnalité l'atteinte à plusieurs droits et libertés que la Constitution garantit ; que, toutefois, pour exercer le droit qui lui est reconnu par l'article 61-1 de la Constitution, toute partie à une instance doit, devant la juridiction saisie, spécialement désigner, dans un écrit distinct et motivé, d'une part, soit les dispositions pénales qui constituent le fondement des poursuites, soit les dispositions législatives qu'elle estime applicables au litige ou à la procédure et dont elle soulève l'inconstitutionnalité et, d'autre part, ceux des droits ou libertés que la Constitution garantit auxquels ces dispositions porteraient atteinte ; qu'il appartient aux juridictions saisies d'une question prioritaire de constitutionnalité de s'assurer du respect de ces exigences ; qu'il revient en particulier au Conseil d'État ou à la Cour de cassation, lorsque de telles questions leur sont transmises ou sont posées devant eux, de vérifier que chacune des dispositions législatives visées par la question est applicable au litige puis, au regard de chaque disposition législative retenue comme applicable au litige, que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux* ».

107. CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431 QPC, commentaire aux Cahiers, p. 7.

108. CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC, Commentaire aux cahiers, p. 8.

109. Voir notamment, Samy Benzina, « Le commentaire officiel du Conseil constitutionnel, outil de politique jurisprudentielle », Joseph Aspiro Sedky ; Raphaël Brett, Anne Michel, Nicolas Thiébaut. *Les politiques jurisprudentielles*, actes de la journée d'étude des jeunes chercheurs de l'Institut d'études de droit public (IEDP) Mare et Martin, Presses Universitaires de Sceaux, 2015, pp. 85-102 (disponible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02901101/document>)

110. CC, 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC, Commentaire aux Cahiers, p. 2.

111. Cela concerne les 14 QPC dans lesquels il examine le moyen pour formuler une réserve d'interprétation ou une précision ainsi que dans la QPC CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC où le moyen (finalement repris par les requérants) lui permet de formuler une réserve d'interprétation.

112. Dans les 38 QPC où le Conseil envisage de soulever un moyen d'office et/ou le relève effectivement d'office, 24 ont été déposées par des requérants « individuels » ; ce qui correspond à 63 % des cas de figure. Le Conseil est-il plus enclin à soulever des moyens soulevés d'office lorsque les saisines sont déposées par des requérants individuels ? L'hypothèse ne semble que difficilement vérifiable dans la mesure où sur ces 24 saisines, 23 ont été rédigées par des avocats professionnels dont 12 travaillent dans des cabinets d'avocat au Conseil et/ou sont eux-mêmes avocats au Conseil. Certes, la moitié des QPC évoquant des moyens soulevés d'office ont été

rendues entre 2010 et 2013, soit à une période où les avocats ne maîtrisaient peut-être pas encore tous parfaitement les subtilités du contentieux constitutionnel *a posteriori*. Cependant, cet argument n'est pas pleinement valable en ce qui concerne les QPC rendues entre 2014 et aujourd'hui - majoritairement défendues par des cabinets d'avocats spécialisés dans ce type de contentieux puisque sur cette seconde période, sur les 10 QPC soulevées par des requérants individuels, 8 ont été rédigées par des cabinets d'avocats. De manière générale, sur les 38 QPC évoquant un moyen soulevé d'office, 10 ont été rédigées dans des cabinets ayant acquis une spécialisation non négligeable dans le contentieux QPC.

113. Les domaines du droit concernés ont été déterminés par l'objet du Code contenant la disposition législative en cause (lorsqu'elle était codifiée) et, dans le cas contraire, l'objet même de la loi en cause.

114. CC, 15 janvier 2021, n° 2020-873 CC, 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC ; CC, 13 juillet 2011, n° 2011-153 QPC.

115. CC, 13 novembre 2020, n° 2020-864 QPC ; CC, 2 juin 2014, n° 2014-398 QPC ; CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC.

116. CC, 27 janvier 2012, n° 2011-211 QPC ; CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC ; CC, 11 octobre 2018, n° 2018-738 QPC.

117. CC, 22 juillet 2016, n° 2016-554 QPC ; CC, 31 juillet 2015, n° 2015-479 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 14 décembre 2010, n° 2010-28 QPC ; CC, 22 juillet 2011, n° 2011-152 QPC ; CC, 26 juillet 2013, n° 2013-334/335 QPC ; CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431 QPC.

118. CC, 23 mars 2016, n° 2015-529 QPC.

119. CC, 2 mars 2016, n° 2015-523 QPC ; CC, 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC ; CC, 1 août 2013, n° 2013-336 QPC ; CC, 22 janvier 2016, n° 2015-517 QPC ; CC, 31 juillet 2015, n° 2015-479 QPC.

120. CC, 17 septembre 2015, n° 2015-480 QPC ; CC, 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC ; CC, 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC.

121. CC, 11 octobre 2013, n° 2013-347 QPC ; CC, 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC.

122. CC, 11 octobre 2013, n° 2013-347 QPC.

123. CC, 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC.

124. CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC ; CC, 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC.

125. CC, 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC.

126. CC, 27 septembre 2013, n° 2013-343 QPC.

127. CC, 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-530 QPC.

128. CC, 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC.

129. CC, 29 mars 2018, n° 2018-695 QPC ; CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC.

130. CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC.

131. CC, 14 octobre 2015, n° 2015-491 QPC ; CC, 6 juillet 2016, n° 2016-551 QPC.

132. Bien que de manière moins évidente, des domaines tels que ceux du droit disciplinaire et du droit commercial apparaissent également, dans un second temps, « propices » à l'exercice par le Conseil constitutionnel de son pouvoir de relever des moyens d'office. Il en va de même du droit administratif - si l'on regroupe ensemble le droit de l'environnement et le droit de la sécurité intérieure (voire le droit de l'urbanisme) - et du droit civil - si l'on regroupe ensemble le droit de la nationalité ; le droit des personnes et le droit rural. Il n'est cependant pas certain que de tels regroupements soient utiles ou pertinents. Plus généralement, il est probable que les données disponibles ne soient quantitativement pas assez significatives pour pouvoir tirer des conclusions franches quant à l'hypothèse d'une corrélation entre l'usage des moyens soulevés d'office et le droit disciplinaire, commercial, administratif ou civil.

133. Voir notamment, Sophie Nadal, « Égalité en droit du travail : quelques réflexions », in Gilles Guglielmi, Geneviève Koubi, *L'égalité des chances*, La découverte, 2000, p. 211.

134. Jérôme Porta, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », *Revue du droit du travail*, 2011, p. 290.

135. Voir par exemple Danièle Lochak, « L'étranger et l'administration », in Michel Le Clainche, Céline Wiener (dir.), *Le citoyen et l'administration*, L'imprimerie nationale, 2000 (disponible que <https://hal.parisnanterre.fr/hal-01751405/document>), p. 2.
136. Certes l'article 14 DDHC prévoit le principe du consentement à l'import mais le Conseil considère qu'il ne s'agit pas d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit (au sens de l'article 61-1 de la Constitution). Voir notamment CC, 8 oct. 2014, n° 2014-419 QPC. Voir aussi : CC, 22 avr. 2016, n° 2016-537 QPC.
137. CC, 22 juillet 2016, n° 2016-554 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 22 juillet 2011, n° 2011-152 QPC.
138. CC, 31 juillet 2015, n° 2015-479 QPC ; CC, 26 juillet 2013, n° 2013-334/335 ; CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431.
139. CC, 14 décembre 2010, n° 2010-28 QPC.
140. CC, 22 juillet 2016, n° 2016-554 QPC.
141. CC, 26 juillet 2013, n° 2013-334/335 ; CC, 22 juillet 2011, n° 2011-152 QPC.
142. CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431 : celle du caractère réglementaire ou législative de la disposition.
143. CC, 31 juillet 2015, n° 2015-479 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC.
144. Sur ce point, on se permet de nouveau de renvoyer à Stéphanie Hennette-Vachez, Laurie Marguet, « La QPC et les « droits et libertés que la Constitution garantit » : consécration et façonnage d'une nouvelle catégorie du droit constitutionnel », *Dossier sur les 10 ans de la QPC, Revue des droits de l'homme*, même numéro que le présent papier.
145. CC, 15 janvier 2021, n° 2020-873 QPC.
146. CC, 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC.
147. CC, 11 octobre 2018, n° 2018-738 QPC ; CC, 2 mars 2016, n° 2015-523 QPC ; CC, 2 juin 2014, n° 2014-398 QPC ; CC, 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC.
148. CC, 23 mars 2016, n° 2015-530 QPC.
149. CC, 13 juillet 2011, n° 2011-153 QPC (égalité des armes).
150. CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC ; CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC ; CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC ; CC, 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC ; CC, 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC ; CC, 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC ; CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC (repris par les requérants).
151. CC, 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC.
152. CC, 22 janvier 2016, n° 2015-517 QPC ; CC, 31 juillet 2015, n° 2015-479 QPC ; CC, 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC.
153. CC, 17 septembre 2015, n° 2015-480 QPC.
154. CC, 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC ; CC, 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC ; CC, 27 septembre 2013, n° 2013-343 QPC ; CC 1 août 2013, n° 2013-336 QPC ; CC, 6 juillet 2016, n° 2016-551 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-529 QPC ; CC, 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC ; CC, 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC ; CC 1 août 2013, n° 2013-336 QPC.
155. CC, 11 octobre 2018, n° 2018-738 QPC
156. CC, 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC ; CC, 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC ; CC, 27 septembre 2013, n° 2013-343 QPC ; CC 1 août 2013, n° 2013-336 QPC.
157. CC, 6 juillet 2016, n° 2016-551 QPC ; CC, 23 mars 2016, n° 2015-529 QPC ; CC, 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC ; CC, 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC ; CC 1 août 2013, n° 2013-336 QPC.
158. CC, 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC.
159. Cf *supra* : CC, 26 juillet 2013, n° 2013-334/335 QPC : « Y a-t-il un obstacle de principe à ce qu'une QPC porte sur une pluralité de dispositions législatives ou invoque la méconnaissance d'une pluralité de droits et libertés que la Constitution garantit ? » ; CC, 28 novembre 2014, n° 2014-431 QPC : sur le caractère réglementaire ou législatif de la disposition.

160. CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC ; CC, 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC ; CC, 21 janvier 2011, n° 2010-90 QPC ; CC, 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC ; CC, 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC ; CC, 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC ; CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC (repris par les requérants).

161. CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC ; CC, 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC.

162. CC, 16 juillet 1971, n° 71-44 DC.

163. Sur ce point, on se permet de nouveau de renvoyer à Stéphanie Hennette-Vauchez, Laurie Marguet, « La QPC et les « droits et libertés que la Constitution garantit » : consécration et façonnage d'une nouvelle catégorie du droit constitutionnel », *Dossier sur les 10 ans de la QPC, Revue des droits de l'homme*, même numéro que le présent papier.

164. Bertrand Mathieu, Dominique Rousseau, *Les grandes décisions de la QPC*, LGDJ, 2013.

165. Jacques Meunier « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique, » *Pouvoirs* 2003/2 (n° 105), p. 29.

166. Marine Haulbert, *Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité a posteriori*, op.cit., p. 130.

ABSTRACTS

By raising pleas ex officio the Constitutional Council may develop a judicial review that would go way beyond its initial referral framework. This ability to raise arguments of its own motion is a therefore powerful tool. That is the reason why such tool has been feared and criticized many times, especially in the context of a priori constitutional review. The question is therefore whether the Constitutional Council use this tool in the context of a posteriori constitutional review. When proceeding to a posteriori constitutional review, the Constitutional Council rarely use its power to raise pleas ex officio. In view of this fact, it seems important to develop some analytical assumptions about the rationale behind the Constitutional Council use or not of this tool; the manner in which it is used and then the outlines of this tool.

En soulevant des moyens d'office, le Conseil peut développer un contrôle qui s'affirme au-delà et indépendamment du cadre de la saisine initiale. L'instrument du « relevé d'office » est donc, par hypothèse, relativement puissant et a pu faire naître, lorsqu'il était déployé dans le cadre du contrôle *a priori*, un certain nombre de crainte quant à l'étendu du pouvoir que sa mobilisation pourrait conférer au Conseil constitutionnel. Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, le constat de cette étude est ainsi aussi simple que banal : le Conseil ne déploie que peu son pouvoir de relever des moyens d'office. Face à un tel constat, il convient alors de développer quelques hypothèses analytiques qui poussent le Conseil à déployer, malgré tout, cet outil ; sur les modalités de mise en œuvre de cet instrument et, partant, sur les contours éventuels de la catégorie des « moyens soulevés d'office »

INDEX

Mots-clés: Conseil constitutionnel, moyens soulevés d'office, contrôle a posteriori, QPC, stratégies de contrôle, cadre de la saisine

Keywords: plea raised of its own motion, a posteriori constitutional review, review strategy, referral framework.

AUTHOR

LAURIE MARGUET

Laurie Marguet est maitresse de Conférences à l'Université Paris Est Créteil, rattachée au MIL (centre de recherche Marchés, institutions et libertés)