

FICHES CONCOURS

INSTITUTIONS ET VIE POLITIQUE

Le Conseil Constitutionnel, une cour suprême indispensable mais très critiquée

Décembre 2024



L'INSTITUTION ET SON HISTOIRE

- **Avant 1958**, la Constitution de 1946 ne prévoyait pas d'examen de la constitutionnalité des lois. La Constitution de la IV^e République avait toutefois institué un « Comité constitutionnel », composé du Président de la République, du Président des deux Assemblées et de 10 membres non parlementaires élus par les Assemblées, en charge d'examiner si une loi votée nécessitait une révision de la Constitution. La formulation est curieuse : la disposition entendait garantir une concordance entre loi et Constitution en prévoyant de recourir à une modification du texte constitutionnel plutôt que de renoncer à un texte voté. Saisi par le Président de la République et les Présidents des deux Assemblées, le Comité avait pour mission de tenter d'obtenir un avis commun des deux Assemblées, sinon statuer et renvoyer la loi à l'Assemblée nationale pour une seconde lecture. Si la loi n'était pas modifiée, elle ne pouvait être promulguée. Ce dispositif n'a joué qu'une fois, en 1948 : les deux Assemblées ont alors modifié la loi contestée.

En réalité, l'Assemblée constituante de 1946 ne voulait pas de contrôle de la conformité des lois à la Constitution. Elle était fidèle à une conception de la loi comme expression de la souveraineté nationale (article 6 de la Déclaration des droits : « *La loi est l'expression de la volonté générale* ») et, si elle admettait une hiérarchie des normes, elle n'acceptait pas qu'un organisme non élu puisse s'immiscer dans le processus de confection de la loi. C'est le même raisonnement qu'avait suivi le Conseil d'État dans deux arrêts de 1936 (*Arrighi* et *Dame veuve Coudert*) en refusant d'examiner au contentieux un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi.

- **La constitution de 1958 (articles 56 et sq.)** résulte d'un **projet politique différent** : l'objectif est de limiter l'immixtion du Parlement dans la sphère de l'exécutif, notamment en distinguant le champ de la loi et celui du règlement et en « rationalisant » le fonctionnement de l'Assemblée nationale pour limiter son pouvoir. Une des missions du Conseil constitutionnel sera de veiller à ce partage des responsabilités. Sa mission principale (vérifier le respect de la Constitution par la loi), résulte également de la volonté d'encadrement du

Parlement imposée par Michel Debré, en 1958, au groupe de travail en charge d'élaborer la nouvelle Constitution, qui dit, parlant du Conseil constitutionnel : « *Cette création manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du Parlement, à la règle supérieure édictée par la Constitution* ».

La Constitution de 1958 prévoit donc un Conseil constitutionnel de 9 membres nommés pour 9 ans, non renouvelables, dont 3 sont nommés par le Président de la République, 3 par le Président du Sénat et 3 par le Président de l'Assemblée nationale, avec un renouvellement par tiers tous les trois ans. Le Président de la République nomme le Président du Conseil constitutionnel, dont la voix est prépondérante en cas de partage. Les anciens Présidents de la République sont membres de droit. A l'origine, en 1958, le Président de la République et les Présidents des deux Assemblées pouvaient seuls saisir le Conseil. Les décisions de celui-ci ne sont pas susceptibles de recours.

- Deux décisions du Conseil constitutionnel vont considérablement renforcer le rôle de cette institution.

Par sa décision **Liberté d'association du 16 juillet 1971**, le Conseil constitutionnel rejette la disposition d'une loi soumettant à autorisation administrative la création des associations. Pour décider du caractère inconstitutionnel de ce texte, le Conseil s'appuie sur l'article 1^{er} du préambule de la Constitution de 1946 (et sur « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » qu'il évoque) et considère que la liberté d'association fait partie de ces principes fondamentaux. Par la suite, la **décision du 27 décembre 1973** inclura la déclaration des droits de 1789 dans le bloc de constitutionnalité, en jugeant inconstitutionnelle une disposition contraire à l'égalité devant la loi contenue dans la Déclaration. Les commentateurs n'ont ensuite cessé de souligner la novation que constituait l'inclusion du préambule de la Constitution de 1946 et de la Déclaration des droits de 1789 dans les textes permettant de statuer sur la constitutionnalité d'une loi.

Pourtant, le préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration des droits de 1789 faisaient explicitement partie de la Constitution de 1958 puisque le préambule de celle-ci y fait référence :

<p>Préambule de la Constitution de 1958 : Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946.</p>

Il peut donc apparaître surprenant de tant mettre en valeur l'apport des décisions du 16 juillet 1971 et du 27 décembre 1973. Mais c'est méconnaître la teneur des débats qui ont opposé en 1958 les membres du Comité consultatif constitutionnel, composé de parlementaires et de juristes en charge de préparer la loi constitutionnelle (Cf. *Retour sur l'élaboration du préambule de la Constitution de 1958*, J-S Boda, in *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2016). Certains des membres du Comité soutenaient que le préambule n'avait pas de portée juridique, parce qu'il était trop général et imprécis : ils pensaient que vérifier l'application de principes généraux comme l'équité, l'égalité ou la liberté serait impossible, voire qu'une telle reconnaissance serait dangereuse (risque de « gouvernement des juges », frein mis à certaines décisions pourtant nécessaires, comme l'état d'urgence, porte ouverte aux arguments des opposants...); d'autres étaient d'avis que le Préambule avait une valeur

juridique, mais pas de nature constitutionnelle ; d'autres enfin soutenaient la valeur constitutionnelle du Préambule, craignant une régression si la référence aux droits et libertés fondamentales n'avait de valeur que déclarative.

En définitive, le débat sur la valeur juridique du préambule en est resté là, sans conclusion nette : la décision de juillet 1971 du Conseil constitutionnel est donc une clarification importante. Elle change aussi fondamentalement la mission du Conseil : en charge jusqu'alors de veiller à ce que les lois respectent le champ et les procédures définis par la Constitution, il affirme sa volonté d'en examiner le contenu, notamment en vérifiant le respect des « droits et libertés que la Constitution garantit ».

▪ **Par ailleurs, trois réformes constitutionnelles élargissent le droit de saisine et le champ des droits garantis par la Constitution.**

La loi constitutionnelle du 29 octobre 1974 modifie l'article 61 de la Constitution en donnant le droit à 60 députés ou 60 sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel : c'est une « démocratisation de la saisine », un droit nouveau reconnu à l'opposition, qui contrôle ainsi, au-delà de l'opportunité d'une loi qui applique un programme de gouvernement, les atteintes qu'elle peut porter aux droits fondamentaux.

La loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 modifie le préambule de la Constitution de 1958 en ajoutant, à la référence à la Déclaration de 1789 et au préambule de la Constitution de 1946, celle aux « droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 », charte dont la loi reprend ensuite le texte. Certains juristes ont au départ douté de la valeur constitutionnelle de la Charte mais le Conseil a pleinement reconnu celle-ci (cf. notamment la décision 2008-564 DC) même s'il attribue une portée différente aux parties et articles de la Charte (cf. ci-après la présentation des normes utilisées par le Conseil constitutionnel). Reste que la Charte, y compris son préambule, fait partie du « bloc de constitutionnalité ».

La réforme constitutionnelle de 2008, proposée par le Comité Balladur¹ va plus loin dans la « démocratisation » du contrôle, avec **l'institution des QPC**, questions prioritaires de constitutionnalité. La réforme permet, sur l'initiative d'un justiciable, de soumettre une loi en vigueur à une vérification de sa constitutionnalité (c'est le « contrôle a posteriori »). Les QPC, ouvertes à tous, individus et personnes morales, donnent de nouveaux droits. De très nombreux pays, notamment en Europe, disposaient déjà d'une telle procédure.

Qu'est-ce qu'une question prioritaire de constitutionnalité ?

Toute personne physique ou morale peut désormais (article 61-1 de la Constitution), lors d'une instance devant une juridiction administrative ou judiciaire, soulever « l'exception de constitutionnalité » de la loi qui pourrait lui être appliquée, au motif que celle-ci porte atteinte « aux droits et libertés que la Constitution garantit ». L'instance est suspendue et la question est transmise au Conseil constitutionnel, après deux filtres successifs (celui de la juridiction concernée, puis celui de la Cour de cassation ou du Conseil d'État). Ces filtres examinent « le caractère sérieux » et nouveau de la question et vérifient que la disposition en cause n'a pas été préalablement déclarée conforme par le Conseil

¹ Comité de réflexion et de proposition « sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République » réuni en 2007 à la demande du Président de la République

constitutionnel, auquel cas la QPC n'est pas retenue, sauf changement de circonstances. Si la question est transmise au Conseil constitutionnel et que celui-ci décide que la loi (ou une de ses dispositions) est contraire à la Constitution, la loi ou la disposition en cause est abrogée.

Le dispositif a ses limites : en comparaison d'autres pays européens, il est assez peu utilisé en France. La procédure de « filtrage » est lourde et compliquée. Surtout, le contrôle de constitutionnalité opérée par cette voie n'est pas général : il est limité aux lois qui portent atteinte aux « droits et libertés que la Constitution garantit » (cf. sur ce point l'analyse *La QPC et les droits et libertés que la Constitution garantit : consécration et façonnage d'une nouvelle catégorie du droit constitutionnel*, S.Hennette-Vauchez et L.Marguet, *Revue des droits de l'homme*, 20/2021). Le Conseil constitutionnel opère de plus un tri parmi ceux-ci : certains droits édictés par la Charte de l'environnement n'en font pas partie, ceux contenus dans le préambule et dans l'article 6 : « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ». Le Conseil considère que l'article s'adresse aux pouvoirs publics et que les citoyens ne peuvent s'en prévaloir : c'est une vision restrictive des droits.

- Il n'empêche que l'on doit aux QPC des décisions fortes qui ont rétabli les libertés publiques et les droits de catégories vulnérables méconnus par les lois en vigueur : décrystallisation des pensions des anciens militaires africains (décision de 2010), réforme de la garde à vue (2010), réforme des soins hospitaliers sans consentement (2010 et 2021), délit de consultation habituelle de sites terroristes (2017), application du principe de fraternité pour l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour d'étrangers en situation irrégulière (2018), référence à l'intérêt supérieur de l'enfant pour le droit applicable aux mineurs non accompagnés (2019).

- La réforme constitutionnelle de 2008 a permis récemment une extension des droits : le Conseil constitutionnel a décidé, par deux décisions 2020-843 QPC et 2020-851/852 QPC, que **les ordonnances** non encore ratifiées, après expiration du délai de l'habilitation et dans les matières de nature législative, avaient **valeur législative au sens de l'article 61-1** et non pas valeur réglementaire, comme jugé précédemment. La référence à l'article 61-1 de la Constitution signifie que cette valeur législative ne vaut que dans le cas d'une contestation par QPC d'une ordonnance dans le domaine des droits et libertés que la Constitution garantit. La décision vise à étendre le droit aux QPC. Dans tous les autres cas, avant ratification, les ordonnances gardent valeur réglementaire et le Conseil d'État est compétent pour apprécier leur conformité à la Constitution.

- **Récapitulatif : les compétences actuelles du Conseil constitutionnel**

1° Le Conseil constitutionnel a des **compétences sur les élections** : il veille à la régularité de l'élection du Président de la République, statue en cas de litige sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs, veille à la régularité des opérations de referendum ;

2° Il est également saisi **pour avis avant la mise en œuvre de l'article 16**, qui donne au Président les pouvoirs permettant de faire face à des situations d'une exceptionnelle gravité ;

3° Il se prononce sur la **conformité des lois à la Constitution**.

Cet examen s'effectue automatiquement, a priori (avant leur application ou leur promulgation), pour certains textes, règlement des Assemblées, lois organiques et propositions de loi tendant à soumettre à référendum un texte proposé par 1/5^e des membres du Parlement et soutenu par 1/10^e des membres du corps électoral. Cette disposition constitutionnelle (dite référendum d'initiative populaire) n'a jamais joué : le nombre de signatures d'électeurs à réunir est trop élevé.

Pour les lois autres que celles mentionnées ci-dessus, l'examen peut être « a priori », avant promulgation de la loi : le Conseil statue alors dans le délai d'un mois après la saisine et les dispositions de la loi jugées inconstitutionnelles ne sont pas applicables. Le Conseil peut également faire des « réserves d'interprétation » qui lui permettent de valider un texte en indiquant comment il doit être compris.

L'examen peut également être a posteriori, le Conseil statuant sur une loi en vigueur, à partir d'une QPC, avec les filtres indiqués ci-dessous. Si le Conseil constitutionnel juge non conforme à la Constitution la disposition incriminée, celle-ci est abrogée, éventuellement à une date ultérieure fixée par le Conseil lorsque l'intérêt public l'impose, par exemple pour laisser le temps de préparer une solution alternative.

L'étude examinera ci-dessous comment le Conseil constitutionnel veille à la qualité de la loi, quelles sont les normes juridiques qu'il utilise, quel contrôle il exerce sur les traités et dans quelle mesure l'on peut considérer que le Conseil est le « gardien des droits et libertés » que de nombreux légistes voient en lui.

La conclusion fera la synthèse des critiques dont le Conseil est l'objet.

CONSTITUTIONNALITÉ : LA QUALITÉ DE LA LOI, FORME ET FOND, UNE ATTENTION INÉGALE

En vertu du règlement adopté le 11 mars 2022, le Conseil constitutionnel, quand il est saisi dans le cadre des dispositions des articles 61, 2^{ème} alinéa (contrôle a priori de la loi), et 61-1 (QPC), n'accepte pas les « saisines blanches »².

S'agissant des QPC, le règlement du Conseil qui les régit indique que « les griefs susceptibles d'être relevés d'office sont communiqués aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er} », pour qu'elles puissent présenter leurs observations. Ces autorités sont, selon le cas, la Cour de cassation ou le Conseil d'État, ainsi que le Président de la République, le Premier ministre et les présidents des deux Assemblées.

² Sauf pour les textes dont le Conseil est automatiquement saisi (lois organiques par exemple), le règlement de mars 2022 a interdit les « saisines blanches », ce qui inscrit dans un texte ce qui n'était jusqu'alors qu'une pratique jurisprudentielle.

S'agissant des saisines a priori, le Conseil répond pour l'essentiel aux arguments présentés mais peut néanmoins soulever d'office certaines causes de non-constitutionnalité : il le fait souvent s'agissant de la présence de « cavaliers législatifs », c'est-à-dire de dispositions de la loi sans rapport avec son objet. De même, qu'il en soit saisi ou non, le Conseil est en charge de vérifier que les procédures d'adoption de la loi prévues dans les textes constitutionnels ont été respectées.

En outre, le Conseil constitutionnel a élaboré de lui-même un ensemble d'exigences transversales tendant à renforcer la qualité de la loi : exigences de portée normative, exigences de lisibilité et d'accessibilité, sanction en cas d'« incompétence négative du législateur », ce qui impose à celui-ci de pleinement utiliser ses compétences en étant complet et précis et sans reporter des décisions qui lui incombent sur d'autres autorités.

L'application de ces règles est loin d'être parfaite.

Le respect des procédures formelles d'adoption de la loi : des exceptions marquantes

Le Conseil a clairement affirmé avoir compétence non seulement pour se prononcer sur la conformité des dispositions d'une loi à la Constitution mais aussi (cf. décision 75-57 DC) pour examiner si la loi adoptée l'a été « dans le respect des règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative ».

- La bonne vérification des procédures formelles d'adoption de la loi a pourtant été mise en doute lors de la décision du 14 avril 2023 validant, à quelques exceptions près, la loi portant réforme des retraites.

Le Conseil a en l'occurrence accepté que la loi soit considérée comme **une loi rectificative de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2023**, ce qui a permis à un gouvernement mis en difficulté sur ce projet d'enserrer le débat dans des délais restreints puis d'utiliser l'article 49.3 de la Constitution pour faire adopter sans vote une réforme aux conséquences sociales décisives massivement refusée par l'opinion publique. Or, si les délais restreints de discussion parlementaire et l'article 49-3 s'appliquent à toutes les lois financières, c'est que le constituant a considéré que l'adoption de ces textes ne pouvait être différée. Ce n'est pas le cas d'une réforme « sociétale » comme celle des retraites, qui relève d'un choix politique de long terme où le débat doit prendre toute sa place.

De plus, selon l'article L.O. 111-3-4 de la loi organique applicable, « la loi de financement de la sécurité sociale de l'année détermine, pour l'année en cours (...) les conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale, compte tenu notamment des conditions économiques générales et de leur évolution prévisible », définition à laquelle la loi portant réforme des retraites ne répondait absolument pas. La loi organique impose de plus une présentation de la loi de financement en trois parties, une partie sur l'année en cours, deux parties respectivement sur les recettes et les dépenses de l'année à venir. Il est donc loisible de considérer que le choix du « véhicule législatif » choisi pour la réforme des retraites représentait un détournement de procédure, ce dont les députés auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel se plaignaient.

▪ De nombreux universitaires ont critiqué vertement la décision du Conseil validant le mode d'adoption de la loi³. Dans une analyse publiée par la Fondation Jean Jaurès (*Le Conseil constitutionnel et la réforme des retraites, un précédent aux lourdes conséquences pour la démocratie parlementaire*), la publiciste L. Fontaine explique que le Conseil, comme à son habitude, n'étaye pas sa position. En réalité, le Conseil a utilisé **un raisonnement jésuitique, contourné, voire marqué de mauvaise foi** : du moment, dit-il, que la loi de réforme sur les retraites comporte une modification des recettes et des dépenses de la sécurité sociale, serait-elle lilliputienne, sur l'année 2023, quand bien même l'essentiel de la loi pourrait être adoptée par une loi ordinaire, rien n'interdit de la classer comme une loi de financement, avec toutes les conséquences annexes (possibilité d'utiliser à la fois des délais de discussion restreints, le vote bloqué et l'article 49-3), conséquences dans lesquelles le Conseil ne voit pas malice.

Peu lui importe que les lois de financement de la sécurité sociale, qui, à la différence des lois de finances, sont indicatives, n'aient besoin d'être modifiées qu'en cas de bouleversement important de l'équilibre financier de la sécurité sociale, ce qui n'était pas le cas.

De toute façon, conclut-il, « Le choix qui a été fait à l'origine par le Gouvernement de les faire figurer au sein d'une loi de financement rectificative ne méconnaît, en lui-même, aucune exigence constitutionnelle ». De fait, il n'existe aucune disposition constitutionnelle qui dit : « Il est interdit d'interpréter avec malignité les dispositions de la Constitution et de tordre le sens des mots », à laquelle le Conseil aurait pu utilement se référer. En statuant comme il l'a fait, le Conseil a avalisé une stratégie de l'exécutif tendant à contrer son absence de majorité au Parlement, mauvais coup porté à la démocratie.

Pire, la validation de la réforme des retraites comme loi financière a conduit le Conseil à écarter comme étrangers à l'objet de la loi des dispositions de prévention de l'usure professionnelle et d'autres concernant l'information des assurés, parce que sans grand impact financier, alors que ces dispositions avaient pleinement leur place dans une loi de réforme sur les retraites.

La décision soulève bien évidemment la question de l'impartialité du Conseil constitutionnel à l'égard de la politique gouvernementale.

▪ **L'exemple de la loi retraites n'est pas isolé**

Le Conseil constitutionnel n'a en effet jamais accepté, malgré les demandes faites, de **reconnaître le détournement de procédure**.

Dans un article *Le contrôle du détournement de procédure en matière d'élaboration des lois*, (Droit Constitutionnel, 2009), Odile de David Beaugard-Berthier recense, sur 50 ans, 20

³ Pas tous, loin de là : certains juristes ont considéré que la décision avait su éviter de rentrer dans le champ de politique, appréciation qui surprend tant, au contraire, la décision semble politique. D'autres (cf. notamment la publication dans la revue du Conseil constitutionnel de l'article de juillet 2024 « *Le perfectionnement du contrôle de constitutionnalité du contenu des lois de financement de la sécurité sociale* »), sans nier la controverse, explique que la décision a « ouvert de nouveaux horizons pour les LFSS pour porter des réformes de société », évoquant toutefois un « fragile équilibre » sur leur contenu. Là aussi une telle appréciation est surprenante, les LFSS faisant l'objet d'une définition rigoureuse qui les confine à un rôle d'équilibre financier de la sécurité sociale.

requêtes évoquant ce moyen. Aucune reconnaissance d'inconstitutionnalité n'a jamais été prononcée à ce titre, soit que le Conseil considère que les circonstances de l'espèce justifient la méthode utilisée, soit que, malgré l'évidence, le Conseil s'en tienne à l'affirmation que la procédure utilisée n'entache pas la loi déferée d'inconstitutionnalité. Il en a été ainsi lors de la décision 95-370 DC portant sur l'adoption du plan Juppé : en l'occurrence, le gouvernement avait imposé toutes les procédures possibles pour accélérer l'adoption de la loi, urgence, 49-3, et surtout question préalable devant le Sénat, non pas pour que le texte ne soit pas examiné (c'est normalement l'objet d'une telle question) mais pour empêcher le dépôt d'amendements et clore plus rapidement le débat parlementaire. Le Conseil s'est contenté d'affirmer qu'il n'y avait là rien d'irrégulier.

De même, la décision 85-169 DC valide une loi sur la Nouvelle Calédonie adoptée alors que, contrairement aux exigences constitutionnelles, l'Assemblée nationale avait commencé à délibérer sans connaître l'avis de l'Assemblée territoriale.

Le juriste G. Bergougnous explique ce refus d'admettre le détournement de procédure (in *Le conseil constitutionnel et le législateur*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, janvier 2013) par la prudence (il faudrait plutôt parler d'absence de courage) : le détournement de procédure implique une intentionnalité que le Conseil se refuse à envisager, même quand elle est hautement probable. Cette dénégation le fait paraître excessivement respectueux à l'égard du gouvernement dans des circonstances où, pourtant, le droit est à l'évidence violé.

Les exigences qualitatives sur le contenu de la loi

- Depuis la décision 2004-500 DC, le Conseil constitutionnel affirme que **la loi doit fixer une norme** et ne pas consister en une affirmation générale. Ainsi, la décision 2016-745 DC considère comme contraire à la Constitution une disposition déclarative et sans portée de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, selon laquelle « La Nation reconnaît le droit de chaque jeune atteignant l'âge de 18 ans, à compter de 2020, à bénéficier d'une expérience professionnelle ou associative à l'étranger ». Cependant, outre qu'il existe des lois qui paraissent normatives mais sont en réalité dépourvues de toute portée obligatoire (les lois de programmation des finances publiques), de très nombreuses lois comportent des dispositions d'affichage. Le Conseil n'est au demeurant pas bien sévère sur ce motif d'inconstitutionnalité : ainsi la décision 2016-745 DC valide comme normatifs des articles affirmant que « les collégiens seront incités à participer à un projet citoyen » ou qui permettent à une collectivité de créer un « Conseil des jeunes ». La loi en l'occurrence ne comporte aucune norme mais dit ce qui est possible...

A vrai dire, l'exigence du Conseil est contestable : une des fonctions de la loi est bien de proclamer des intentions et des ambitions, voire d'inciter à l'exemplarité.

Ainsi la loi du 8 juillet 2013 sur la *Refondation de l'école* insiste sur le regard porté sur l'élève : « Il (le système éducatif) reconnaît que tous les enfants partagent la capacité d'apprendre et de progresser ». La disposition n'a rien de normatif...sans pour autant être inutile. Autre exemple, certes moins convaincant tant transparait la tentation de proclamation creuse, celui de la loi PACTE du 22 mai 2019. Celle-ci comporte une section « Repenser la place des entreprises dans la société » qui complète la définition des sociétés en ajoutant une

disposition sans portée normative, qui affirme simplement que le profit ne doit pas être la seule préoccupation des entreprises : « La société est gérée dans son intérêt social, **en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité** ». La loi autorise ensuite les entreprises qui le souhaitent à s'intituler « société à mission », à quelques conditions formelles. Certes, la loi « autorise » un titre, mais celui-ci ne sert à rien qu'à s'en réclamer. Où est la volonté normative ? Certains soutiendront pourtant que la loi, à défaut d'établir une norme, trace un chemin.

- Plus consistante est l'exigence du Conseil constitutionnel **d'une loi complète**, où le législateur exerce l'ensemble de ses compétences⁴ : les dispositions imprécises, incomplètes ou ambiguës, qui soulèvent des questions sans réponses ou se défont sur d'autres autorités pour préciser la loi ne peuvent être considérées comme constitutionnelles.

Les jurisprudences en ce domaine sont constantes et nombreuses. Récemment (décision 2024-1090 QPC), le Conseil a décidé que le procès-verbal établi après retenue de 24 h d'un étranger pour vérification de son titre de séjour devait obligatoirement comporter mention non seulement que le « retenu » avait vu un médecin mais qu'il avait pu s'alimenter (ce qui montre que ce n'est pas si évident...). Dans la décision 2023-1068 QPC, le Conseil a indiqué qu'une procédure de vente par adjudication demandée par un créancier muni d'un titre exécutoire sur une créance liquide, au cours de laquelle le créancier peut faire procéder à la saisie parallèle de droits incorporels (parts sociales, brevets d'invention...), devait prévoir un recours pour que le débiteur puisse contester l'évaluation du prix de ces droits.

Cette exigence de « complétude » de la loi résulte de l'article 34 de la Constitution : dès lors qu'il relève du législateur de fixer les règles concernant « les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », il lui appartient de le faire pleinement.

- Dans la même ligne le Conseil impose, depuis une décision de 1999, le respect d'un objectif à valeur constitutionnelle (cf. ci-dessous, pour la définition de cette norme), à savoir **l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi**.

La décision 99-421 DC a ainsi accepté le recours à une ordonnance pour mener à bien une entreprise de codification qui concourait à un tel objectif, lequel découle de la combinaison des articles 4 et 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789. Le Conseil déclare alors avec solennité : « L'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et « la garantie des droits » requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Faire de l'accessibilité et de l'intelligibilité des lois un critère de leur caractère

⁴ Le terme (pour le moins obscur) utilisé pour qualifier le choix du législateur de ne pas exercer l'ensemble de ses compétences est « l'incompétence négative.

constitutionnel est donc apparu comme un progrès essentiel : il importe que les citoyens puissent accéder à la loi et puissent la comprendre.

Quelques précisions atténuent cependant quelque peu l'importance de cette décision.

En premier lieu, l'invocation du manque d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'est pas considérée comme pouvant venir à l'appui d'une QPC car il ne s'agirait pas d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit mais d'un simple « objectif à valeur constitutionnelle » (cf. ci-dessous l'étude des différentes « normes » définies par le Conseil). Le Conseil considère que cet objectif s'adresse au législateur sans constituer un droit dont pourraient se prévaloir les citoyens. L'appréciation est discutable, dès lors surtout que l'objectif n'a été reconnu que parce qu'il contribuait à la bonne application d'une Déclaration des droits des citoyens. Au départ la Cour de cassation était d'ailleurs ouverte aux QPC portant sur ce motif avant que le Conseil constitutionnel ne les refuse.

En second lieu, il est un peu paradoxal que le Conseil constitutionnel ait recours, lorsqu'il est saisi d'un texte, à des « réserves d'interprétation », au lieu de rejeter le texte pour absence de précision et d'intelligibilité. Mais, à vrai dire, est-il possible, dans des droits complexes (droit financier, social ou pénal), de se prémunir totalement contre l'interprétation des textes par les tribunaux ? La pratique montre que de nombreux textes peuvent être interprétés de plusieurs manières, applicables dans tel cas et pas dans tel autre. En France, le succès de la procédure du « rescrit » (une demande à l'administration de son interprétation écrite d'un texte sur une situation précise) montre que la sécurité juridique passe par la publicité de l'interprétation de la loi par l'administration ou le juge, « in concreto », plutôt que par la seule attention portée à la rédaction initiale du texte, même si celui-ci doit être le plus possible clair et complet.

Enfin, si le terme d'accessibilité est assez clair (l'on souhaite toutefois bon courage à ceux qui plongent dans le BOFIP, bulletin officiel des finances publiques, pour comprendre le droit fiscal, avec une sédimentation de textes qui apportent chacun de délicates nuances aux précédents), que signifie précisément le terme d'intelligibilité ? Dans de très nombreux cas, les décisions du Conseil constitutionnel qui invalident une disposition pour absence d'intelligibilité le font parce que la loi comporte une erreur, une imprécision, une ambiguïté, pas parce qu'elle est simplement compliquée. La motivation de l'inintelligibilité est donc souvent très proche de celle de l'incompétence négative. Ainsi quand des parlementaires se plaignent (décision 2018-777 DC) du « caractère inintelligible » d'un article du projet de loi de finances portant sur les règles de calcul de la DGF, le Conseil répond simplement que l'article « n'est pas inintelligible » et de ce fait affirme sereinement, sans autre débat (le Conseil est souvent peu disert sur ses motivations, voire simplement péremptoire), son caractère constitutionnel. La complexité, même extrême, est admise dès lors que le texte est précis et, au demeurant, un considérant d'une autre décision (2005-530 DC) note que des motifs d'intérêt général suffisants peuvent justifier la complexité de la loi. Ce n'est que dans une décision (précisément la décision 2005-530 DC) que le Conseil a prononcé le caractère inconstitutionnel d'une disposition pour complexité excessive, mais il le fait après avoir démontré l'extrême difficulté à calculer l'avantage fiscal d'un choix offert aux contribuables.

En définitive, les conséquences concrètes de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi sont assez minces.

- Pour **proscrire les cavaliers législatifs**, c'est-à-dire les dispositions de la loi sans lien, direct ou indirect, avec son objet initial, le Conseil constitutionnel se fonde sur l'article 45 de la Constitution selon lequel : « Sans préjudice des articles 40 et 41 (qui prévoient l'irrecevabilité des amendements ayant pour conséquence une diminution des ressources publiques ou une augmentation des charges publiques ou dont le contenu ne relève pas de la loi), tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis ». L'article, inscrit dans la Constitution en 2008, reprend et étend une jurisprudence antérieure bien assise sur les « cavaliers » budgétaires ou sociaux, c'est-à-dire les dispositions étrangères au texte figurant en loi de finances ou en loi de financement de la sécurité sociale. En l'occurrence, le Conseil constitutionnel est vigilant sur son application, dans un souci évident de cohérence de la loi qui contribue à sa lisibilité. A vrai dire, cette proscription des cavaliers contribue aussi à protéger les intentions du rédacteur initial du texte, très souvent le gouvernement.

Ainsi, c'est en se fondant sur leur caractère de cavaliers législatifs que, par décision 2023-863, le Conseil Constitutionnel a rejeté 32 articles de **la loi du 25 janvier 2024 pour contrôler l'immigration**, qui y avaient été introduits par amendement, en particulier les dispositions durcissant le regroupement familial et les conditions d'obtention d'un titre de séjour pour études ainsi que celles instituant une condition de durée de séjour des étrangers pour bénéficier de certaines prestations sociales. La loi votée, très différente du projet initial, traitait toujours de l'immigration mais pas dans le sens voulu initialement...ce qui a conduit à juger inconstitutionnels les ajouts. En outre, les opposants à l'adoption des dispositions supprimées n'ont pu prouver que celles-ci étaient inconstitutionnelles parce qu'elles violaient l'égalité : les décisions relatives aux cavaliers législatifs précisent qu'elles ne préjugent pas de la conformité de ces articles aux autres exigences constitutionnelles.

Le contrôle prudent, voire insuffisant, des lois de finances

- De nombreuses analyses rappellent **l'étendue du contrôle du Conseil, devenu quasi systématique**, sur les diverses lois de finances.

Dans son contrôle des lois financières, le Conseil constitutionnel a veillé aux règles de compétence et de procédure inscrites dans la Constitution (c'est le Premier ministre qui présente de telles lois, les chambres du Parlement interviennent dans un certain ordre et avec certains délais et le débat sur la loi de finances ne peut avoir lieu qu'après le débat sur la loi de règlement de l'année en cours). Les règles figurant dans des lois organiques qui encadrent les lois de finances et auxquelles se réfère l'article 34 de la Constitution ont valeur constitutionnelle, telles l'annualité, l'unité, l'universalité et la spécialité du budget. Comme le rappelle la décision 2001-448 DC, l'annualité, l'universalité et l'unité « répondent au double impératif d'assurer la clarté des comptes de l'État et de permettre un contrôle efficace par le Parlement ». Toutefois, le Conseil admet **les dérogations traditionnelles de certains de ces principes**, comme l'existence de budgets annexes, les prélèvements sur recettes, l'existence de taxes affectées ou l'affectation d'impôts à un organisme de sécurité sociale, toutes dispositions qui témoignent de la fragilité des principes proclamés par la loi organique.

- **Sur l'article 40**, le Conseil veille à son respect mais a admis dès 1976 la possibilité de prévoir une compensation financière d'une baisse de recettes, avant d'appliquer l'assouplissement symétrique pour une augmentation des charges prévu par la LOLF à certaines conditions. Il a clarifié les conditions d'application de l'article, affirmant en 2009 que l'irrecevabilité financière pouvait être rappelée à tout moment et que l'irrecevabilité opposée ne pouvait être attaquée que si elle avait donné lieu à une protestation lors du débat public.
- Il appartient également au Conseil constitutionnel, au titre de l'article 55 de la Constitution, de se prononcer sur la nécessité d'une révision de la Constitution après la signature d'un traité : cela a été le cas lors de l'adoption en 2012 du Traité européen sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) imposant aux États membres une **obligation d'équilibre budgétaire des administrations publiques (« règle d'or »)**.

En l'occurrence, la décision 2012-653 DC rédigée à cette occasion laisse perplexe. Le Conseil a indiqué que le traité n'imposait pas une révision de la Constitution, ce qui était formellement exact puisque celui-ci admettait, pour inscrire dans les textes la règle d'un équilibre des finances publiques, le recours à un autre moyen, mais à condition que ce moyen offre une « garantie » du respect de la règle. Or, le Conseil constitutionnel a indiqué très clairement que, si la Constitution n'était pas modifiée et que l'on choisissait d'inscrire la règle dans un autre texte (une loi ordinaire), le respect de l'objectif d'équilibre budgétaire ne serait pas garanti. Dans ces conditions, pour respecter le traité, il aurait fallu conclure que la règle devait être inscrite dans la Constitution. La décision a été ambiguë et le Président Hollande l'a lu comme il lui plaisait (pas de nécessité de réviser la Constitution). De fait, il s'est contenté d'inscrire dans une loi pluriannuelle des finances publiques des prévisions fantaisistes : l'équilibre exigé n'a jamais été respecté. La situation n'a donc en rien évolué : déjà, la révision constitutionnelle de 2008 s'était contenté d'inscrire à l'article 34 que « Les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans **l'objectif d'équilibre** des comptes des administrations publiques ». En 2012, le Conseil a manqué à son mandat. Il est vrai que, mis à part une poignée de juristes, personne en France ne voulait de l'obligation imposée par la règle d'or.

- En matière fiscale, depuis la décision 73-51 DC du 27 décembre 1973, le Conseil **se réfère de manière systématique aux dispositions de la déclaration des droits de 1789**, surtout les articles 6, 13 et 14 qui traitent de l'égalité devant la loi, de la nécessité de l'impôt, de l'égalité devant les charges publiques en fonction des capacités contributives et du consentement à l'impôt.

On sait (la formule utilisée est répétitive) que le Conseil constitutionnel n'interprète pas littéralement **la notion d'égalité devant la loi**. L'appréciation de celle-ci, en matière fiscale comme dans les autres, est systématiquement modulée par la prise en compte soit des différences de situation, soit de « l'intérêt général » : « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ». La disposition assouplit une règle sans doute trop rigide tout en obligeant à justifier les différences de traitement : à vrai dire, la décision est souvent tautologique, le Conseil

admettant l'application d'un droit différent parce que la situation n'est pas la même. En tout état de cause, la formule laisse un grand pouvoir d'appréciation au Conseil constitutionnel. Ainsi, celui-ci a jugé que l'article 6 n'empêche pas un mode de calcul différent de l'impôt selon les catégories professionnelles (décision 83-164 DC), sans aller beaucoup plus loin quant aux éventuelles injustices qui pourraient en découler.

Le Conseil se réfère à l'article 13 pour indiquer que **l'appréciation des facultés contributives** doit « reposer sur des critères objectifs et rationnels en fonction de l'objectif poursuivi » (Décision 2019-825 QPC). De ce fait, le Conseil a admis, par exemple, un calcul de la redevance due par les entreprises de travaux au service d'archéologie préventive en fonction du nombre de m² des travaux ou des installations prévues. L'article 13 le conduit à définir également **la notion d'égalité devant l'impôt** : ainsi, un texte qui prévoit une contribution carbone mais qui exonère les activités qui émettent plus de la moitié des émissions de gaz à effet de serre crée une rupture d'égalité devant les charges publiques qui ne peut être acceptée (Décision 2009-599 DC).

C'est également l'article 13 qui sera invoqué pour **interdire les prélèvements fiscaux dits « confiscatoires »**. F. Hollande s'était ainsi engagé, aux présidentielles 2012, à instituer une imposition à 75 % sur les revenus supérieurs à un million par an. Reprenant une argumentation qui date de 2005 sur le caractère confiscatoire de l'impôt, le Conseil constitutionnel a censuré, par décision 2012-662 du 29 décembre 2012, la taxe envisagée, qui frappait les personnes physiques et non les foyers fiscaux, pour méconnaissance de l'exigence de prise en compte des facultés contributives et parce que la mesure conduisait à imposer à des taux différents à des contribuables aux revenus identiques. Le Conseil acceptera sans difficulté l'institution d'une tranche de l'IRPP (impôt sur le revenu des personnes physiques) à 45 % figurant dans la même loi de finances mais censurera le cas où ce taux, combiné à d'autres impositions, lui paraît représenter une charge globale excessive (en l'occurrence de plus de 75 %).

En définitive, s'agissant de l'égalité devant l'impôt, le Conseil, par prudence sans doute, met des bornes à certaines décisions et sanctionne ce qui lui apparaît être des excès plus qu'il ne fixe des seuils impératifs à ne pas dépasser. Ce choix, qui peut paraître subjectif, tient à la difficulté de juger de la rupture de l'égalité. C'est également le prix à payer pour que l'interprétation de la constitutionnalité garde, en ce domaine, de la souplesse, ce qui laisse au Conseil des marges d'appréciation mais rend ses décisions discutables, ce qui est sans doute peu évitable.

- La position du Conseil constitutionnel quant à **la sincérité financière** est plus discutabile.

La sincérité est un principe jurisprudentiel inscrit dans la LOLF de 2001 puis, en 2008, dans la Constitution (article 47-2 : *Les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères. Ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière*). Il s'agit d'une règle différente des autres, moins formelle, sans doute aussi plus précieuse puisque c'est sur elle que repose la confiance dans la parole de l'État.

Stricto sensu, l'appréciation de la sincérité devrait conduire à vérifier l'éventuelle sous-estimation des dépenses, l'éventuelle surestimation des recettes, ou l'optimisme excessif des prévisions macroéconomiques qui servent à établir un budget. Or, le Conseil a défini la notion de sincérité de manière très restrictive, ainsi qu'on le constate dans les décisions examinant

la loi de finances et la loi de financement de la sécurité sociale 2024 : « La sincérité se caractérise par l'absence d'intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre que la loi détermine ». Alors même que cette définition donne de la sincérité une définition très large, le Conseil entend n'exercer alors qu'un contrôle restreint, celui de l'erreur manifeste d'appréciation. Dans les faits, il semble bien ne rien contrôler du tout.

Le principe de sincérité n'a jamais été utilisé pour censurer quelque texte financier que ce soit, alors même que les saisines des députés mettent souvent en cause la sincérité des textes financiers et que les rapports parlementaires rédigés dans le cadre du débat parlementaire soulignent avec constance les multiples défaillances recensées : il est vrai que ce sont alors des sous-estimations précises qui sont dénoncées (par exemple, pendant très longtemps, les dépenses des OPEX, opérations extérieures, ont été systématiquement sous-estimées dans le domaine de la défense). Or, le Conseil, sans doute par pragmatisme, ne veut s'occuper que « d'équilibre d'ensemble » : il faudrait une loi de finances complètement mensongère pour qu'il intervienne. La différence de pratique est nette avec celle d'un organisme comme la Cour des comptes qui prononce régulièrement le terme de non sincérité, soit en chiffrant la sous-estimation des crédits (cela a été le cas en 2017 dans l'examen de la loi de finances initiale que le nouveau gouvernement lui a demandé), soit en mettant en lumière, dans ses commentaires des lois de programmation des finances publiques, les prévisions de baisse vertigineuse des dépenses publiques ou d'amélioration constante de la croissance, en les jugeant hautement improbables.

Il est clair que le Conseil ne veut pas remplir une mission qu'il considère comme technique de vérification des données chiffrées qui lui sont fournies, comme il le dit dès 2010 (décision 2009-599 DC) : « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, d'apprécier le montant des autorisations d'engagement et des crédits de paiement votés ; qu'à les supposer établies, les insuffisances dénoncées ne sont pas manifestement incompatibles avec les besoins prévisibles ».

L'on peut comprendre cette réticence, qui obligerait le Conseil à réunir des preuves matérielles là où il voit son rôle comme un travail d'interprétation du droit. Mais la mission est indispensable compte tenu de la multiplicité des altérations à la sincérité qui sont constatées aujourd'hui : il suffit de penser à la loi de finances 2024 qui reposait sur une exécution de l'exercice précédent que le ministre savait erronée au moment du vote, ce qui a été cause d'une crise financière dommageable. L'absence de sincérité altère la qualité des lois financières, le plus souvent ponctuellement, parfois (c'est le cas en 2024) dans leurs grands équilibres.

Un récent article d'E. Giannesini *Conseil constitutionnel, Cour des comptes, Haut Conseil des finances publiques : quelle définition et quel usage du principe de sincérité ?* suggère que les trois institutions en charge de contrôler l'État pourraient s'épauler. De fait, les critères du Haut Conseil des finances publiques sont assez clairs quand il vérifie la qualité des prévisions macroéconomiques : tout ce qui est qualifié de « plausible », de « réaliste », d'« acceptable » et d'« atteignable » est sincère, tout ce qui est « optimiste », « improbable » et « irréaliste » ne l'est pas. Pour autant, le Haut conseil n'utilise jamais le terme de sincérité /insincérité et ce ton feutré rend son avis largement inutile.

Surtout, en charge depuis 2021 d'apprécier le « réalisme » des prévisions de dépenses et de recettes des lois financières, le Haut conseil n'y parvient guère : l'analyse qu'il fournit reste à un niveau très agrégé. Son évaluation est assise, pour les recettes, sur des critères de « vraisemblance » qui sont incertains (le Haut conseil a jugé ainsi que les recettes 2023 étaient « vraisemblables » alors que l'erreur de prévision sur leur montant est cause de la crise financière de 2024) et, pour les dépenses, sur leur caractère plausible. Le délai qu'il a pour travailler et les informations qu'il reçoit ne sont manifestement pas suffisants. Si l'on voulait que son avis soit construit et, le cas échéant, utilisable par le Conseil constitutionnel, il faudrait lui donner les moyens d'apprécier la sincérité d'une loi financière. Il faudrait aussi qu'il ait le temps d'investiguer : son travail aujourd'hui se réduit à celui d'un prévisionniste et d'un simple contrôle de vraisemblance. S'il devait vérifier la sincérité, il lui faudrait ouvrir les dossiers.

L'étude d'impact des lois prévue par la Constitution : pas de contrôle de qualité

- L'article 39 de la Constitution prévoit que « la présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique », laquelle impose, hormis quelques exceptions, que tout projet de loi soit accompagné **d'une étude d'impact**, qui rappelle les objectifs du projet, explique les choix faits par rapport aux alternatives envisageables et en étudie les conséquences. Dans ses avis sur les projets de loi, le Conseil d'État dénonce très fréquemment la faible qualité des études d'impact. Un avis du Conseil économique, social et environnemental souligne en 2019 leur « qualité variable », tandis que de nombreux articles en démontrent les faiblesses (cf. notamment *Qualité des études d'impact et travail parlementaire*, Revue d'économie politique 2022/132).
- Cependant, le Conseil constitutionnel (décision 2015-718 DC), à l'occasion d'une interprétation de l'article 39 de la Constitution (qui prévoit sa saisine dans le cadre spécifique d'un désaccord entre la conférence des Présidents et le gouvernement sur le respect des dispositions de la loi organique), a indiqué qu'il n'examinerait pas un grief des parlementaires sur l'étude d'impact si la question n'avait pas été évoquée préalablement en Conférence des Présidents, interprétation très osée des textes et qui, de fait, empêche les recours des parlementaires quant à la qualité des études d'impact.
- Le Conseil constitutionnel n'a statué en ce domaine qu'une seule fois (décision 2014-12 FNR) sur demande de la Conférence des Présidents du Sénat se plaignant de l'insuffisance de l'étude d'impact : il a répondu qu'une étude d'impact avait accompagné le projet de loi, qu'elle exposait bien les objectifs et les raisons des choix opérés par le Gouvernement, qu'elle en présentait les conséquences et qu'il ne pouvait lui être reproché de ne pas mentionner certaines conséquences collatérales puisque son objet est de traiter les conséquences attendues par le gouvernement en fonction des objectifs fixés et non pas de s'intéresser aux éventuels effets pervers ou conséquences imprévues. Il en a conclu que le contenu de l'étude d'impact répondait parfaitement aux prescriptions. Autrement dit, le Conseil ne souhaite exercer **qu'un contrôle formel sur les études d'impact** et non pas un contrôle de qualité, vérifiant si celles-ci ont fourni (ce qui en théorie est leur objet) une évaluation de la politique publique menée dans le projet.

En définitive, le Conseil refuse de se prononcer sur la qualité de l'évaluation des effets juridiques, économiques, financiers, sociaux des politiques publiques parce qu'il considère qu'il s'agit d'une évaluation technique qui dépasse ses moyens et ses compétences. Mais de ce fait, il renonce à vérifier sur le fond la qualité de nombreuses lois et la qualité de l'information fournie aux parlementaires pour débattre.

Lui aussi choisit, comme parfois le législateur, d'être en situation d'« incompétence négative », refusant d'exercer l'ensemble des prérogatives qui sont les siennes.

LES NORMES UTILISÉES PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : UNE CONSTRUCTION PRÉTORIENNE ?

Le Conseil constitutionnel a construit tout un système de normes qui lui permet de se prononcer sur la conformité ou la non-conformité à la Constitution : principes généraux reconnus par les lois de la République, principes à valeur constitutionnelle, objectifs à valeur constitutionnelle, droits et libertés que la Constitution garantit, intérêt général. Il confronte ces normes entre elles, décidant, au cas par cas, quelle norme l'emporte sur l'autre.

Les « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (PFRLR)

- L'introduction ci-dessus (*L'institution et son histoire*) a mentionné la décision historique **Liberté d'association** du 16 juillet 1971, par laquelle le Conseil constitutionnel a jugé inconstitutionnelle la disposition d'un projet de loi soumettant à autorisation administrative la création des associations, en s'appuyant, pour la première fois, sur une disposition du préambule de la Constitution de 1946 (« Le peuple français réaffirme solennellement...les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ») et en décidant que la liberté d'association inscrite dans une loi de 1901 faisait partie de ces principes fondamentaux.

Traditionnellement, comme indiqué supra, les commentateurs des constitutionnalistes soulignent l'audace novatrice dont aurait témoigné alors le Conseil en intégrant les préambules constitutionnels dans le « bloc de constitutionnalité ». L'apport quant à la protection des libertés publiques est indéniable. Toutefois, O. Cayla (*Constitution ou norme constitutionnelle*, Titre VII, avril 2022) se déclare effaré devant ce « coup d'État de droit », par lequel Conseil « brandit » comme constitutionnelle une règle inscrite dans une loi ancienne d'une République ancienne, en s'appuyant sur un préambule lui-même daté que personne jusqu'alors (et sans doute pas, selon O. Cayla, les « constituants » de 1958) n'avait considéré comme faisant partie de la norme constitutionnelle. Tout cela relève, dit-il d'une « décision » dont il juge la pratique sinon arbitraire (il ne prononce pas le terme), du moins « épineuse », le pouvoir constitutionnel normatif, dit-il, n'ayant désormais plus rien à voir avec le texte de la Constitution.

- De fait, cette « lecture » de la Constitution a permis au Conseil constitutionnel de construire, avec l'ensemble des PFRLR qu'il a dégagés, **un édifice de normes constitutionnelles qui ne sont pas édictées dans le texte même de la Constitution** ni même dans la déclaration des droits de 1789 ou dans le préambule de 1946. La doctrine en relève 8 : elle n'y classe plus désormais certaines décisions du Conseil qui, au départ, s'étaient référés à

un PFRLR, parce qu'une autre décision s'est par la suite appuyée, pour évoquer le même principe, sur une disposition de la Constitution ou de la Déclaration des droits : c'est le cas, par exemple, du respect des droits de la défense, rattaché aujourd'hui à l'article 16 de la Déclaration des droits, ou de la liberté de conscience, rattachée à l'article 10 de la même Déclaration.

Ces 8 PFRLR concernent la liberté d'association ; la liberté de l'enseignement ; l'indépendance de la juridiction administrative ; la garantie de l'indépendance des professeurs d'université ; la compétence exclusive de la juridiction administrative pour l'annulation des actes de la puissance publique ; la compétence de l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière privée ; la recherche du relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées ; le maintien de la législation traditionnelle des départements d'Alsace et de Moselle tant qu'elle n'est pas remplacée.

- Le Conseil se contente d'affirmer, sans la justifier, l'appartenance de la notion considérée à ces PFRLR : « Considérant que ce principe constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle », déclare-t-il (décision sur la liberté d'enseignement). Toutefois, dans certains cas, notamment quand il refuse de voir un PFRLR dans une disposition, il explique pourquoi : la doctrine tire le bilan de ces motivations « à rebours » et note ainsi que, pour être reconnu PFRLR, la règle édictée doit être considérée comme très importante pour la vie de la Nation (décision 98-407) ; la loi à laquelle il est fait référence doit être intervenue avant 1946 (décision 86-224) ; enfin la reconnaissance du principe doit avoir été continue, sans interruption, de son édicition jusqu'en 1946 (décision 88-244).

Ce sont sans doute ces exigences qui expliquent que, alors même que le Conseil constitutionnel a toute liberté pour créer une nouvelle norme constitutionnelle de ce type, il ait souvent refusé de le faire et que les décisions en ce sens aient aujourd'hui cessé (la dernière « reconnaissance » date de 2011), bien que le Conseil ait été fréquemment sollicité en ce sens. Il est possible aussi, comme le suggère un article récent (*Y a-t-il encore place pour la découverte de nouveaux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ?* C-H Sénac, Titre VII, avril 2022) que le Conseil craigne désormais d'alimenter les critiques sur « le gouvernement des juges ». L'histoire n'est cependant pas finie.

Reste que la norme constitutionnelle va désormais au-delà de la Constitution, sans que, pour autant, ces extensions, dont la plupart protègent les droits et libertés, choquent sur le fond.

Les « principes à valeur constitutionnelle », qui découlent, de manière plus ou moins proche, du texte de la Constitution

- Les principes à valeur constitutionnelle correspondent, comme les PFRLR, à la **reconnaissance par le Conseil de la valeur constitutionnelle donnée à un droit ou à une liberté**, le plus souvent en élargissant une notion présente dans la Constitution mais parfois de manière plus libre. Les décisions les mentionnent parfois discrètement (la décision indique que le non-respect de tel principe serait une cause d'inconstitutionnalité) ou les qualifient explicitement de principe à valeur constitutionnelle.

- Ainsi, la décision 81-132 DC considère que la liberté garantie par l'article 4 de la Déclaration des droits (qui précise que celle-ci ne peut être bornée que par la loi) ne serait pas respectée si des restrictions abusives étaient apportées à la **liberté d'entreprendre**, celle-ci devenant donc un principe à valeur constitutionnelle que le législateur doit respecter. De même la décision 99-424 DC fait référence à **l'atteinte à la vie privée** comme motif de non constitutionnalité, norme qui est tirée de l'article 2 de la Déclaration des droits mentionnant la liberté parmi les droits naturels et imprescriptibles. La décision 94-343/344 DC s'inspire directement du préambule de 1946 (« *Le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ») pour reconnaître comme principe à valeur constitutionnelle « **la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation** », ce qui la conduit, après examen, à juger conforme à la Constitution la loi de bioéthique examinée. La célèbre décision 2018-717/718 QPC sur **la fraternité**, qui protège contre toute poursuite une personne qui, pour des raisons humanitaires, aide un étranger en situation irrégulière, rappelle que, outre la devise de la République, le préambule et l'article 72-3 de la Constitution se réfèrent à un idéal commun dont la fraternité est un élément. La décision 2020-834 QPC reconnaît comme un principe à valeur constitutionnelle **le droit d'accès aux documents administratifs** sur le fondement de l'article 15 de la Déclaration des droits (droit de demander compte aux agents publics de leur administration).

Enfin, la décision 79-105 DC déduit des limitations au **droit de grève** mentionnées par le préambule de 1946 (« *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent* ») que ce droit est un principe à valeur constitutionnelle mais qu'il doit être concilié avec un autre principe de nature identique, celui de la **continuité de l'État**.

Les objectifs à valeur constitutionnelle (OVC) : la création prétorienne d'une catégorie de normes qui n'en sont pas vraiment

- P. de Montalivet explique, dans un article de juin 2006 des Cahiers du Conseil constitutionnel, que le Conseil constitutionnel, en créant les OVC, a créé **une « catégorie » de normes sans la définir**, ex nihilo, à la différence des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Il n'a pas inventé la norme qu'il y classe, qui trouve toujours son fondement dans le texte de la Constitution, de manière, il est vrai, explicite ou implicite, mais il a inventé la catégorie (ou la qualification) et surtout ses effets.

- Ainsi la première décision qui évoque les OVC, la décision 82-141 DC relative à une loi sur la communication audiovisuelle, indique qu'il appartient au législateur de concilier (...) l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec (...) les objectifs de valeur constitutionnelle que sont **la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturel**.

Ces OVC sont mentionnés dans la Constitution ou découlent de certaines de ses dispositions : l'ordre public découle directement du bloc de constitutionnalité (il est mentionné par l'article 10 de la Déclaration des droits comme un motif qui peut permettre de limiter les manifestations de la liberté d'opinion), le respect de la liberté d'autrui est mentionné dans

l'article 4 de la Déclaration, tandis que la référence au pluralisme, selon la décision 84-181 DC, sans être inscrite dans la Constitution, découle du texte de l'article 11 sur la liberté d'expression, dont l'application, selon le Conseil, ne serait pas effective si le pluralisme n'était pas garanti.

De même, la décision 94-359 DC fait découler du préambule de la Constitution de 1946 un OVC concernant « **la possibilité de toute personne de disposer d'un logement décent** », ainsi du principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne.

Les OVC sont, en définitive, nombreux et très divers : sauvegarde de l'ordre public, respect de la liberté d'autrui, pluralisme de la presse, transparence financière des entreprises de presse, protection de la santé publique, recherche des auteurs d'une infraction, lutte contre la fraude fiscale, possibilité de disposer d'un logement décent, accessibilité et intelligibilité de la loi, équilibre financier de la sécurité sociale, égal accès des hommes et des femmes aux mandats électifs, égalité entre les collectivités territoriales, bon emploi des deniers publics, bonne administration de la justice, protection de l'environnement...La liste montre que les OVC recouvrent souvent un contenu large, parfois difficile à cerner avec précision.

- En attribuant à certaines dispositions, soit inscrites dans la Constitution, soit qui en découlent, la qualification d'OVC, la volonté du Conseil est double : d'une part, **il amoindrit la valeur normative de ces droits** en les transformant en simples « objectifs à poursuivre ». Les OVC se caractérisent en effet par le fait qu'ils dessinent des finalités mais ne constituent pas des droits à parts entières ; d'autre part, le Conseil rappelle que, pour autant, **ces « objectifs » ne doivent pas être méconnus** et que, lorsqu'il applique des normes constitutionnelles, le législateur ne doit pas les oublier : ces objectifs peuvent donc conduire à limiter l'application pure et simple des droits et libertés.

Ce dispositif permet au Conseil de hiérarchiser certains droits (non pas dans l'absolu mais dans une situation concrète) et de poser la question (difficile à résoudre dans la pratique) de leur conciliation : l'objectif de protection de l'ordre public peut dans certaines situations justifier des atteintes à la liberté d'aller et de venir (décision 94-352 DC) ; l'objectif de protection de la santé publique peut justifier également, pendant une épidémie, des restrictions à des libertés constitutionnellement garanties (décision 2022-835 DC). Alors que le préambule de la Constitution affirme que « La Nation garantit à tous la sécurité matérielle », le Conseil n'en tire pas la conclusion qu'il existe un « droit au logement » mais que l'objectif constitutionnel de protection peut comporter la prise en compte de ce besoin (la loi peut donc à bon droit y affecter certaines ressources).

De même, le Conseil (décision 2019-823 DC) a considéré que la disposition qui interdit, dans la loi Egalim, d'exporter à l'étranger des produits phytosanitaires interdits en France était conforme à la Constitution, la liberté d'entreprendre devant être conciliée avec l'OVC de protection de l'environnement qui découle du préambule de la Charte de l'environnement. Un tel préambule, dont le Conseil a toujours jugé qu'il n'avait pas de valeur normative au sens strict, dessine ainsi une ligne de conduite à suivre et des finalités que le législateur doit respecter. Cette décision, en pratique, renforce la valeur du préambule de la Charte, que le Conseil prend en compte et qui n'est donc pas simplement déclaratif.

L'affaiblissement de la valeur normative des OVC ne signifie donc pas que l'on puisse les négliger totalement, sauf à risquer une déclaration de non-conformité à la Constitution. L'exemple de l'OVC « protection de la santé » est parlant. Ce droit, qui figure dans le préambule de la Constitution de 1946, pourrait à première lecture être considéré comme un droit reconnu par la Constitution : « La Nation garantit à tous (...) la protection de la santé (...) ». Or, dans sa décision 99-416 DC, le Conseil en fait un « simple » objectif à valeur constitutionnelle : il reconnaît ainsi au législateur le droit d'instituer une couverture maladie universelle sans méconnaître pour autant le principe d'égalité. Cependant, un tel OVC n'est pas un droit absolu : par décision 2003-488 DC, le Conseil n'a pas jugé contraire à cette exigence constitutionnelle que l'aide médicale d'État destinée aux étrangers en situation irrégulière soit réservée aux seuls étrangers présents depuis 3 mois sur le territoire, sous réserve qu'ils aient accès aux soins urgents. De même, la décision 2010-622 DC admet l'établissement d'un droit de 30 euros pour accéder à cette même AME, avec les mêmes exceptions (ce droit sera par la suite supprimé). Le Conseil admet donc que la protection de la santé puisse s'accommoder de fortes restrictions. Pour autant, si tout accès aux soins était supprimé pour les étrangers en situation irrégulière, il est probable qu'il considérerait que l'OVC n'est pas respecté et que la disposition n'est pas conforme à la Constitution.

Il arrive en effet que le non-respect d'un OVC conduise à une décision d'inconstitutionnalité d'une disposition, même si, hormis le non-respect de l'OVC d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, le cas est rare. Ainsi, s'agissant de l'OVC relative au pluralisme de la presse, la décision 82-141 DC annule pour inconstitutionnalité une disposition qui loin d'aménager le pluralisme, ce que le législateur était en droit de faire, ne lui permettait plus d'être effectif.

La limite des OVC est de ne pas pouvoir être invoquée par le justiciable à l'appui d'une QPC, ce que le Conseil justifie parce qu'il ne s'agirait pas de droits et libertés que la Constitution garantit, mais d'objectifs fixés à la puissance publique, statut qu'il est loisible de contester.

Les droits et libertés : une catégorie non homogène

- Les droits et libertés que la Constitution garantit forment en eux-mêmes une catégorie reconnue depuis la révision constitutionnelle de 2008, qui inscrit dans la Constitution un article 61-1 ainsi rédigé : *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux **droits et libertés que la Constitution garantit**, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.*

C'est donc à l'occasion de la création des questions prioritaires de constitutionnalité que le texte de la constitution évoque la catégorie des « droits et libertés » : les règles, même de valeur constitutionnelle, qui ne constituent pas « des droits et libertés que la Constitution garantit » ne peuvent être invoquées à l'occasion d'une QPC.

Or, le Conseil, s'il reconnaît comme susceptibles de fonder le recours à une QPC la plupart des droits inscrits dans la déclaration des droits de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 ou la Charte de l'environnement, ne l'admet pas pour tous et, de ce fait, **exclut certains articles de la catégorie « droits et libertés que la Constitution garantit ».**

Il en est ainsi des dispositions de l'article 14 de la déclaration des droits, selon lequel : *Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.* La décision 2010-5 QPC considère, parce qu'il appartient à l'article 34 de mettre en œuvre ces dispositions, que l'article 14 ne fait pas partie des droits et libertés garantis.

De même, le Conseil refuse une QPC qui invoquerait l'article 9 du préambule de la constitution de 1946 selon lequel : *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité,* tout comme il refuse de considérer que l'article 6 de la Charte de l'environnement (*Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social*) énonce des droits ou des libertés que la Constitution garantit.

En revanche, au-delà de la déclaration des droits, du préambule de 1946 et de la Charte de l'environnement, le Conseil intègre dans les droits et libertés les « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » et les principes à valeur constitutionnelle évoqués ci-dessus (respect de la vie privée, liberté d'entreprendre, continuité du service public, liberté contractuelle...). Mais il n'y inclut pas, comme vu ci-dessus, les objectifs à valeur constitutionnelle comme l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi ou la protection de la santé.

Le juriste L. Boré en conclut (in *La catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit doit-elle désormais être considérée comme stabilisée ?* Titre VII, avril 2022) que le Conseil **assied cette distinction sur le « destinataire » de la règle de droit** : si celui-ci lui paraît être l'individu, la règle est invocable au titre des droits et libertés dans une QPC ; si le destinataire est l'État et si la règle tend à organiser son action, elle ne l'est pas.

Reste que cette distinction paraît parfois arbitraire : alors que le Conseil n'inclut pas l'article 14 de la déclaration des droits dans les « droits et libertés » (droits de regard sur les impôts) parce que la loi est en charge d'organiser ce droit, il n'a pas la même position quand il s'agit de sanction pénale : la décision 2011-163 QPC accepte la QPC fondée sur l'article 8 de la déclaration (*La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*), alors même que c'est bien la loi pénale qui est en charge de mettre en œuvre cet article. Mais sans doute le domaine pénal est-il apparu plus proche des droits fondamentaux de la personne que le consentement à l'impôt et le contrôle des impositions.

C'est cette même distinction entre le droit attaché aux individus et les dispositions qui organisent le fonctionnement de l'État qui conduit le Conseil à ne retenir, dans le texte-même de la Constitution, que les articles 1 et 2 (caractéristiques de la République), 4 (droits et rôle des partis politiques), 62 (conséquences des décisions du Conseil constitutionnel), 66 (protection contre la détention arbitraire) et 72 (droits des collectivités territoriales) comme des droits et libertés que la Constitution reconnaît et qui sont donc « invocables » à l'appui d'une QPC. Les autres dispositions de la Constitution régissent les compétences et le

fonctionnement des divers pouvoirs ainsi que leurs relations et ne relèvent pas « des droits et libertés ».

▪ Autre hétérogénéité au sein des droits et libertés, l'on distingue souvent les **droits et libertés de l'homme et du citoyen** de la Déclaration de 1789 et **les droits économiques et sociaux** du préambule de la Constitution de 1946, que l'on nomme parfois les « droits-créances ». Traditionnellement, la distinction se fonde sur le fait que les premiers seraient opposables à l'État, qui doit les respecter strictement quand il agit et décide, en s'abstenant de les altérer : le contrôle du Conseil serait « étroit ». Quant aux droits-créances, il s'agirait de droits et libertés qui, pour ne pas rester virtuels, imposeraient à l'inverse une intervention de l'État, laquelle serait soumise à un contrôle restreint de constitutionnalité (cf. ci-dessous la définition donnée à ce terme par le Conseil constitutionnel), contrôle qui laisserait au législateur un large pouvoir d'appréciation sur les objectifs, se contentant de vérifier la cohérence des modalités retenues.

Cependant, cette distinction sans doute trop simple entre droits fondamentaux et droits-créances se heurte aux considérations suivantes :

- De nombreux droits et libertés inscrits dans la déclaration de 1789 ou qui en découlent impliquent une intervention du législateur, droits de la défense ou protection contre les détentions arbitraires ;
- Le respect des droits et libertés inscrits dans la déclaration de 1789 est certes strictement contrôlé mais souvent apprécié en fonction d'autres exigences constitutionnelles : ainsi, comme vu ci-dessus, le respect d'un objectif à valeur constitutionnelle comme l'ordre public peut conduire à limiter la liberté fondamentale d'aller et venir. Celle-ci reste opposable mais sa limitation est admise, même si la décision examine le caractère approprié, proportionnel et nécessaire de cette limitation ;
- Surtout, pour ce qui concerne les droits économiques et sociaux reconnus dans le préambule de la constitution de 1946, O. Dutheillet de Lamothe (in *Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, octobre 2014) plaide pour opérer plusieurs distinctions, en fait pour distinguer trois sous catégories de droits économiques et sociaux figurant dans le préambule :
 - Le droit garanti au 8^{ème} alinéa du préambule de 1946, qui concerne la participation des travailleurs à la détermination des conditions de travail et à la gestion des entreprises, est à part, tout comme le droit de grève prévu à l'alinéa 7 du préambule : les textes prévoient explicitement que ces droits relèvent, pour leur application, de la loi ;
 - D'autres dispositions du préambule de 1946 affirment un droit à prestation matérielle (soit une prestation financière pour les personnes dans l'incapacité de travailler, soit une prestation d'accueil, par exemple dans un établissement scolaire pour l'accès à l'éducation) ; l'article considère à bon droit que seuls ces droits sont de véritables droits-créances ;

- Les autres dispositions du Préambule (le droit d'avoir un emploi, la protection de la santé) impliquent, pour leur mise en œuvre, que l'État élabore une politique favorable à l'emploi et une politique de santé. Le terme « créance » est alors peu approprié.

Le Conseil constitutionnel opère une distinction très nette entre les différents droits selon leur source. Ainsi, le contrôle qu'il exerce sur les droits économiques et sociaux énumérés dans le préambule de 1946 est toujours un contrôle restreint. Toutefois, O. Dutheillet de Lamothe souligne que le contrôle sur les droits-créances, certes restreint, l'est moins que sur les droits qui ne se traduisent que par la mise en œuvre d'une politique.

Détaillons.

Le 8^e alinéa du préambule (*Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises*) n'a jamais été interprété par le Conseil constitutionnel comme donnant aux travailleurs des droits directement applicables. La décision 77-79 DC rappelle que *l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; qu'ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre.*

Le Conseil a ainsi réduit la compétence des partenaires sociaux à la seule mise en œuvre de la loi (sur délégation du législateur) ou à l'adoption de dispositions plus favorables. Les partenaires sociaux n'ont donc pas en France de « domaine réservé », comme c'est le cas dans nombre de pays étrangers. Certes, l'État a cherché à développer le dialogue social contractuel, lui permettant même, dans certains cas, de déroger à la loi, mais la prééminence de celle-ci reste une caractéristique du droit du travail en France et, sans doute, la cause du rôle plus limité des organisations syndicales, y compris dans la participation à la gestion des entreprises.

Les organisations syndicales sont divisées sur l'appréciation de cette règle : certaines y voient une assurance d'égalité (tous les travailleurs bénéficient du socle de droits définis par la loi), d'autres voudraient à l'inverse pouvoir développer davantage les accords collectifs.

S'agissant de **la troisième catégorie de droits reconnus par le préambule de 1946, ceux qui doivent être mis en œuvre par une politique publique**, force est de reconnaître que leur mise en œuvre n'est pas garantie : la décision 83-156 DC reconnaît le droit du législateur de définir « *les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible* ». C'est reconnaître que le droit à l'emploi n'existe pas.

L'ambition que fixe le Conseil est en effet très limitée et le contrôle restreint mis en œuvre ensuite par le Conseil sur la loi ne corrige pas cette approche, lui qui n'examine pas les objectifs de la loi mais seulement ses modalités et ne fait que vérifier que celles-ci ne sont pas **manifestement** inappropriées. La formule utilisée est claire : « *Le Conseil ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être*

atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à cet objectif » (décision n° 2001-444 DC).

Autrement dit, le Conseil constitutionnel ne porte pas d'appréciation ni sur le degré d'ambition de la loi ni sur la qualité de la réponse apportée au regard du droit figurant dans le préambule : ce serait pour lui se mettre à la place du législateur et il s'y refuse. Plus prosaïquement, il est loisible de constater que cette position lui évite de faire des choix politiques. Il contrôle simplement la cohérence des modalités prévues par la loi.

De ce fait, pour ce type de droits, **la garantie d'application individuelle est inexistante**, même si, dans le cas du « droit à l'emploi », les mesures de la politique de l'emploi visent à créer un environnement favorable. De même, s'il existe en France un « droit au logement », il est davantage garanti par le Conseil d'État qui exige, depuis 2022, l'application effective du droit à l'hébergement pour toute personne en détresse que par le Conseil constitutionnel, qui n'a fait que valider les dispositions de la politique du logement favorables à un logement bon marché et ne s'inquiète pas de l'écart entre les « garanties » du préambule et le contenu des textes.

Quant au contrôle exercé sur les véritables droits-créances (droit à prestation matérielle, financière ou accès à un service), il est, de même, restreint : le Conseil laisse au législateur le soin de définir la politique familiale, la politique de retraites ou la politique de formation et d'éducation qui lui paraît opportune. Toutefois, en l'occurrence, il vérifie que la loi ne porte pas une atteinte au droit défini par le préambule qui pourrait le faire disparaître. La décision alors a sa part d'appréciation (voire d'arbitraire) : mais du moins le Conseil vérifie-t-il par exemple que le plafond de ressources défini pour certaines prestations sociales ne porte pas atteinte au principe selon lequel la Nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement ou que la participation financière prévu ne fait pas disparaître le droit à la protection de la santé. La garantie a des limites : le Conseil ne précise pas les limites inférieures du droit mais semble indiquer que celui-ci ne peut pas baisser excessivement. A tout le moins, un peu comme pour les objectifs à valeur constitutionnelle, l'institution du droit est-elle garantie.

Notons enfin que la plupart des droits économiques et sociaux sont non seulement faiblement ou pas garantis du tout mais qu'ils sont de surcroît confrontés aux droits fondamentaux de la personne définis dans la Déclaration des droits. La présentation utilisée par le Conseil montre l'importance relative accordée aux droits économiques et sociaux : ainsi la réquisition de logements vacants n'est admise que si les limitations apportées au droit à la propriété ne sont pas excessives (décision 98-403 DC) et les restrictions au licenciement économique ne doivent pas limiter excessivement la liberté d'entreprendre (décision 2001-455 DC).

Une norme d'utilisation large, l'intérêt général

Pour admettre les limitations apportées aux droits et libertés, le Conseil invoque une notion qu'il ne définit pas mais qui est usuelle en droit public, l'intérêt général : traditionnellement, l'intérêt général, c'est le « **bien commun** », ce qui justifie l'établissement de règles nécessaires à une vie en société. Le Conseil utilise couramment cette notion, sans en reprendre la définition. Ainsi, la liberté d'entreprendre, le droit de propriété ou même des libertés

fondamentales (par exemple la liberté d'aller et de venir) peuvent être bridés sans que cette altération soit contraire à la Constitution dès lors que les restrictions apportées le sont au nom de l'intérêt général, par exemple les impératifs de police. De même, l'intérêt général peut justifier une altération de l'égalité.

Parfois l'intérêt général se confond avec des objectifs de politiques publiques : la lutte contre le chômage et l'exclusion, la protection de la santé publique ou la protection de l'environnement sont des objectifs d'intérêt général qui peuvent donc justifier des atteintes à certains principes, droits ou libertés.

Mais le Conseil utilise aussi la notion plus largement, sans le support d'une autre norme. Ainsi, la décision 2003-484 DC admet que, quand il crée, au nom de l'intérêt général, une carte de résident de longue durée pour stabiliser la population immigrée installée depuis longtemps, le législateur peut instituer des contraintes, notamment la vérification de « l'intégration républicaine » de la personne qui demande cette carte. De même, la décision 2003-480 DC impose la conciliation entre l'intérêt général de l'archéologie préventive et la liberté d'entreprendre. C'est aussi au nom de l'intérêt général que des dérogations sont possibles à des règles d'égalité entre les citoyens. Le Conseil constitutionnel admet que des avantages fiscaux accordés à des fondations et associations d'intérêt général à caractère culturel (décision 84-184 DC du 29 décembre 1984) sont compatibles avec le principe d'égalité. Le Conseil admet qu'une mesure comme l'organisation de recrutements spécifiques dans la fonction publique déroge au principe d'égalité « pour des raisons d'intérêt général », à condition toutefois que « la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit », en clair que ces recrutements restent limités et n'altèrent l'égalité que dans la mesure où cela apparaît nécessaire.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LES TRAITÉS : FAIRE COMPLIQUÉ PLUTOT QUE SIMPLE

Le Conseil constitutionnel s'en tient à une lecture stricte de ses compétences : s'il vérifie que la loi est conforme à la constitution, il se refuse à vérifier qu'elle est ou non conforme à un traité, même si l'article 55 de la Constitution prévoit la supériorité des traités sur les lois.

Le Conseil vérifie si la signature d'un traité impose une révision constitutionnelle

Aux termes de l'article 54 de La Constitution, le Président de la République, le Premier ministre, les Présidents des deux Assemblées et 60 députés ou 60 sénateurs peuvent saisir le Conseil constitutionnel pour qu'il vérifie **si les dispositions d'un engagement international ne comportent pas de disposition contraire à la Constitution**, auquel cas, il serait nécessaire d'amender celle-ci avant de ratifier l'engagement. En 1992, 1997, 1999 et 2007, pour le traité de Maastricht, le traité d'Amsterdam, le traité portant statut de la Cour pénale internationale et le traité de Lisbonne, la décision du Conseil a conduit à une révision constitutionnelle. Comme mentionné ci-dessus, cela n'a pas été le cas en 2012 lors de l'adoption du TSCG (Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance) et l'on peut le regretter puisque, de ce fait, une disposition du traité (l'obligation d'équilibre des finances publiques) n'a pas été respectée.

...mais refuse de contrôler de la conventionnalité des lois avec les traités ratifiés par la France, même quand la condition de réciprocité ne joue pas

- **Le Conseil se refuse à vérifier si une loi** qui lui est soumise pour examiner sa conformité à la Constitution **est ou non conforme à un traité ratifié.**

Examinant un moyen qui considérait que la loi sur l'IVG n'était pas conforme à la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit à la vie, le Conseil, dans sa décision 74-54 DC, rappelle d'abord la teneur de l'article 55 de la Constitution (*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*). Mais il rappelle aussi que sa propre compétence, telle qu'elle est fixée à l'article 61 de la Constitution, ne lui permet que le contrôle de la conformité de la loi à la Constitution et que, au demeurant, la supériorité du traité par rapport à la loi est conditionnée par un impératif de réciprocité et, au moins pour les traités bilatéraux, peut donc varier dans le temps. En tout état de cause, la Conseil, compte tenu des délais que la Constitution lui impose pour se prononcer, ne pourrait poser une question préjudicielle à l'organisme en charge d'interpréter les traités, ainsi, pour l'Union européenne, à la Cour de justice de l'Union.

L'incompétence du Conseil vaut pour le contrôle de la loi opéré la suite d'une QPC.

- Sans doute parce qu'ils ne sont pas tenus par des délais, **le juge judiciaire puis le juge administratif** ont en revanche **accepté** de procéder au contrôle de la conformité d'une loi à un traité (arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975 de la Cour de cassation et arrêt Nicolo du 20 octobre 1989 pour le Conseil d'État) et d'écarter la loi jugée non conforme à condition qu'elle soit postérieure au traité : la loi n'est pas abrogée mais elle n'est pas appliquée au litige concerné.

- Le Conseil constitutionnel, tout en maintenant sa décision d'incompétence, **a fait évoluer sa position.**

Ainsi, s'agissant du droit communautaire dérivé, la décision 2004-496 DC, qui se réfère explicitement à l'ordre juridique européen, reconnaît que celui-ci **impose au législateur national de transposer les directives communautaires**. Elle renvoie toutefois au juge communautaire le soin de vérifier que la directive est conforme au droit européen et, en particulier, aux droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité européen.

Quant à la décision 2006-543 DC, elle réaffirme que la transposition des directives est une obligation constitutionnelle mais elle va plus loin. **Elle précise les cas où le Conseil s'autoriserait à déclarer la loi de transposition non conforme à la Constitution** : il le ferait si la loi contrevient à une disposition « relative à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ».

Par ailleurs, compte tenu des délais qui lui sont imposés pour se prononcer sur la constitutionnalité de la loi, le Conseil constitutionnel indique qu'il ne pourrait juger la loi de transposition incompatible avec l'article 88-1 de la Constitution (lequel se réfère au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union) **qu'en cas d'incompatibilité**

manifeste entre la loi de transposition et la directive, quitte, si cela apparaît nécessaire, à ce que les autres juridictions nationales en charge d'appliquer la loi saisissent par la suite la CJUE par question préjudicielle.

Le Conseil affirme donc à la fois :

- Que la France a l'obligation de transposer une directive, c'est-à-dire de se soumettre au droit européen qui impose une intégration des directives dans le droit interne ;
- Que les accords internationaux ont une valeur supérieure à la loi (cf. la décision 2017-749 DC relative à l'examen du traité du CETA dans la perspective de sa ratification : *Ainsi, l'ordre juridique interne défini par la Constitution impose au législateur de respecter les stipulations des traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés*) ;
- Que, toutefois, du moins s'agissant de la transposition en droit interne d'une règle d'origine communautaire, la Constitution est en interne la norme suprême : sauf à être jugée non conforme à la Constitution, une loi de transposition ne pourrait pas aller à l'encontre **d'un principe inhérent à « l'identité constitutionnelle » du pays ni être manifestement incompatible avec la directive** qu'elle transpose.

La nouvelle « norme constitutionnelle » édictée par le Conseil a été concrétisée dans une décision 2021-940 QPC : une disposition d'une loi de transposition d'une directive a été reconnue conforme à la Constitution parce qu'en imposant aux compagnies aériennes de rapatrier un ressortissant étranger sur le territoire, elle ne contrevenait pas à l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative inhérentes à l'exercice de la force publique, **règle qui est la première à être qualifiée de principe inhérent à l'identité nationale**. Ainsi Air France était dans l'obligation de ramener dans leur pays d'origine de tels ressortissants étrangers, à condition du moins que la mission de surveillance et de contrainte ne lui soit pas déléguée. Si tel n'avait pas été le cas, la transposition de la directive aurait été écartée.

Il est à noter que le Traité de Lisbonne fait lui-même référence au respect de « l'identité nationale des États membres », ce qui légitime le recours à la notion. Toutefois, le dispositif amoindrit la valeur des traités internationaux. Il crée de plus une situation complexe, tout comme le refus du Conseil d'examiner la conformité des lois aux traités.

Ainsi, outre que le Conseil peut remettre en cause, certes dans des cas limités, une loi issue du droit européen, le citoyen français peut avoir recours à plusieurs « Cours suprêmes » (le Conseil constitutionnel, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme) qui s'appuient sur un droit différent et peuvent interpréter différemment des notions proches. Confronté à une disposition qui lui paraît mettre en cause un droit, le citoyen peut d'abord avoir recours à une QPC transmise au Conseil constitutionnel, puis, si le Conseil valide la disposition contestée, s'adresser à la CEDH, dont le jugement peut être différent puisque la CEDH s'appuie sur une convention spécifique.

Il est vrai que les États signataires de la Convention européenne des droits de l'homme se sont engagés à appliquer ses arrêts, que la Cour de cassation recommande également d'appliquer

la jurisprudence de la CEDH et que celle-ci a, par ailleurs, conduit en France à des modifications de la loi.

Le Conseil constitutionnel lui-même s'inspire aussi des arrêts de la CDEH (cf. *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel*, O. Dutheillet De Lamothe, Conseil constitutionnel, février 2009).

L'ensemble de ces mesures tend à rétablir l'unité du droit, même si celle-ci reste imparfaite.

Le Conseil constitutionnel, défenseur incertain des droits et libertés

La construction d'une doctrine de protection des droits et libertés : points critiques

▪ A l'origine, le Conseil constitutionnel n'avait pas vocation à être un « **défenseur des droits** » : dans la décision 62-20, par laquelle il refuse, en 1962, d'examiner la conformité à la Constitution de la loi adoptée par référendum relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, le Conseil se désigne comme « un organe régulateur de l'action des pouvoirs publics », définition qui aujourd'hui paraît inexacte et réductrice. Il est vrai qu'avant la révision constitutionnelle de 2008 instituant les QPC, le texte constitutionnel proprement dit ne comportait que peu de mentions des droits et libertés. Avant 2008, seuls deux articles évoquaient les libertés publiques : l'article 34, selon lequel *Les règles concernant [...] les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* relèvent du domaine de la loi, et l'article 66, qui interdit la détention arbitraire et fait de l'autorité judiciaire la gardienne du respect de ce principe.

On a vu ci-dessus comment le Conseil, sur le fondement de ses décisions du 16 juillet 1971 et du 27 décembre 1973 intégrant dans le bloc de constitutionnalité le préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, a construit une doctrine riche de protection des libertés publiques et droits fondamentaux.

▪ Cependant, **cette construction irrite certains juristes**, parce qu'elle leur paraît une accumulation opportuniste.

Dominique Rousseau (in « *De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ?* », Jus politicum, 2012) souligne ainsi que le Conseil a eu recours à diverses méthodes pour allonger sa « liste » des droits et libertés. Il a d'abord fait découler un droit d'un autre : de la libre communication des idées garantie par la Déclaration de 1789, le Conseil tire le droit au pluralisme et au libre accès à Internet. Du droit à la liberté, il fait découler le respect de la vie privée ou la liberté de se marier. Au-delà, c'est « l'invention » des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sur le fondement du préambule de 1946, qui mentionne ceux-ci mais sans en citer aucun, puis la création des « principes constitutionnels » (continuité de l'État et du service public) ou des « objectifs à valeur constitutionnelle », dont la force normative est assez faible sauf exceptions.

D. Rousseau juge ce foisonnement désordonné et confus, critiquant le Conseil constitutionnel pour construire un tableau impressionniste (« libertés publiques », « garanties fondamentales », « intérêt général ») sans en définir les termes ni préciser leur portée.

- Surtout, le Conseil se garde d'établir une hiérarchie entre les droits et libertés évoqués et arbitre, dans chaque cas d'espèce, sur la « conciliation » entre droits et libertés opérée par le législateur, ainsi que sur la conciliation avec d'autres exigences comme l'ordre public. Il accepte parfois qu'une norme traditionnellement de moindre valeur affaiblisse considérablement des libertés « de base » : ainsi, pendant la crise sanitaire, la protection de la santé a permis des réductions sévères de la liberté d'aller et venir (le Conseil a accepté ainsi l'interdiction de sortie du domicile hormis courte interruption pour faire des courses) mais aussi d'autres mesures comme la suspension des délais de réponse à une QPC.

De même, dans son étude *Le conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ?* (Colloque de l'Université de Strasbourg, 2011), V. Champeil-Desplats souligne que la conciliation entre les droits et libertés et des exigences constitutionnelles sécuritaires (ordre public, nécessité de recherche des auteurs d'infraction) a donné lieu à des décisions du Conseil contrastées, parfois simples, parfois complexes voire raffinées.

Ainsi, la décision 94-352 DC évoque les risques pour la vie privée des installations de vidéo-surveillance sur la voie publique : elle en tire simplement une conclusion sur l'insuffisance des garanties figurant dans le texte, qui permet une autorisation tacite alors que celle-ci devrait être explicite.

La décision 82-141 DC, qui traite de la conciliation entre la libre communication et l'ordre public, adopte une rédaction un peu plus complexe, qui renvoie à un seuil implicite mais non défini : les mesures prises ne doivent pas excéder « ce qui est nécessaire pour garantir la liberté de communiquer ».

La décision 96-377 DC, pour apprécier une disposition assimilant à un acte de terrorisme l'aide à l'entrée et au séjour d'un étranger dans certaines conditions, évoque *une appréciation entachée d'une disproportion manifeste*. La décision 2003-467 DC affirme avec des termes proches que la disposition attaquée assure une *conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée* tandis que la décision 2009-580 DC précise que les atteintes portées à une liberté doivent être *nécessaires, adaptées et proportionnées*. C'est le Conseil qui est juge de ce caractère « manifeste » ou de la « nécessité » des atteintes portées aux libertés.

Que conclure alors de cette variation des formulations ? La juriste considère que le Conseil enserme son analyse dans un réseau de considérations multiformes qui lui permettent de décider comme il l'entend. Souvent sans motiver sa décision, le Conseil déciderait que, dans tel cas, la conciliation entre une liberté et une autre exigence constitutionnelle est équilibrée, que dans tel autre qu'elle ne l'est pas, de manière discrétionnaire.

- Dans la pratique, ce refus de hiérarchiser les exigences constitutionnelles entre elles donne non seulement au Conseil mais aussi aux pouvoirs publics une large marge de manœuvre, puisqu'il est rare qu'un gouvernement qui veut réduire les libertés n'ait pas de **bonne raison à faire valoir**, raison que le Conseil prendra en compte **pour faire fléchir des libertés « fondamentales »** qui pourraient paraître, a priori, de valeur supérieure. La décision 2017-674 QPC en est un exemple : elle examinait le cas d'un étranger qui avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion à la suite d'une condamnation pour appartenance à un mouvement terroriste et qui, depuis sa sortie de prison, était assigné à résidence depuis 9 ans avec 4

pointages par jour à la gendarmerie, parce qu'il n'était pas expulsable vers son pays d'origine où il risquait sa vie. La disposition qui lui était applicable ne prévoyait ni durée maximale ni droit de recours. Le Conseil constitutionnel s'en est accommodé, sans doute en raison du profil de la personne, demandant simplement que le texte prévoie une réévaluation périodique de la situation, que l'interdiction de quitter le domicile ne dépasse pas 12 heures par jour (rappelons que, selon le Conseil, l'assignation à résidence n'est pas une privation de liberté au sens de l'article 66 de la Constitution, sauf si elle dépasse cette limite) et que le lieu de l'assignation permette le maintien de liens familiaux (exigence dont personne n'a vérifié l'exécution effective). Il fait ainsi prévaloir une conception particulièrement rigoureuse de l'ordre public (une assignation à domicile peut être indéfinie) sur toute reconnaissance de liberté de circulation une fois la peine purgée. La juriste M. Delmas-Marty avait sans doute raison de dénoncer un « État de surveillance » qui glisse de la répression du crime à la prévention et, pour des raisons de dangerosité présumée, altère la liberté des personnes après la fin de leur peine. L'ennui est que le Conseil y concoure.

- La seconde critique elle a été évoquée supra) porte sur la timidité dont témoigne le Conseil quant à ***l'application de certains droits et libertés économiques et sociaux***, surtout si l'on compare ce choix avec les exigences d'application des libertés individuelles qui, hors terrorisme ou menaces à l'ordre public, restent fortes.

Lorsqu'il examine une loi qui serait de nature à porter atteinte à un droit ou à une liberté garantie par la déclaration des droits de 1789 ou par la Charte de l'environnement, le Conseil vérifie que « le législateur ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles ». Ainsi, il vérifie que la loi ne porte pas atteinte aux procédures qui permettent de garantir l'application effective de certains droits et libertés, vérifiant par exemple qu'en cas de privation de liberté, un juge intervienne dans un certain délai ou que les modalités de consultation du public sur certaines décisions ayant une incidence sur l'environnement permettent effectivement à celui-ci de donner son avis.

S'agissant des droits économiques et sociaux, on a vu ci-dessus que le Conseil n'exige rien, sauf à vérifier que le législateur s'inscrit dans la mise en œuvre d'une politique de solidarité ou des droits du travailleur et que la réponse apportée n'est pas « manifestement inadéquate » à la situation. Cela lui suffit à valider des décisions qui en pratique méconnaissent les droits proclamés : qui dira qu'en abaissant le seuil à partir duquel le Conseil d'administration des grandes entreprises doit disposer d'un ou deux administrateurs salariés, la loi respecte la disposition du préambule de 1946 selon laquelle *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, ... à la gestion des entreprises* ? Les termes « participer à la gestion » ne pourraient-ils être interprétés concrètement de manière plus exigeante ? Le sens du texte applicable est totalement détourné.

- Ce pragmatisme se caractérise également par **le refus de donner un sens absolu à certaines notions**.

Comme vu ci-dessus s'agissant du contrôle des dispositions fiscales ou à propos d'une des normes utilisées par la Conseil, l'intérêt général, le respect du principe d'égalité devant la loi, fondé sur l'article 6 de La Déclaration des droits, est souple et des différences de situation conduisent à l'adapter. Certes, la différence de traitement doit être justifiée : il est admis

qu'un Français et un étranger ont des droits différents, ce qui apparaît comme logique s'agissant du droit au séjour. Mais cette reconnaissance de la différence de situation va parfois beaucoup plus loin, par exemple en ce qui concerne le droit à une vie familiale, sans que l'on perçoive en quoi la situation est « différente ». Pourquoi ce droit à vivre avec ses enfants, droit humain fondamental, s'appliquerait-il différemment ? il ne s'agit donc pas seulement d'accepter un assouplissement du principe d'égalité en considération de différences de situations matérielles ou juridiques mais en fonction de catégories ou de classements (Français/étranger) dont le Conseil ne remet pas en cause le bien-fondé.

S'agissant d'égalité, le Conseil est d'ailleurs amené à se contredire en fonction des évolutions du législateur, preuve que sa distinction sur « la différence de situation » est fragile. Dans sa décision 2010-92, le Conseil s'appuie sur l'assouplissement du principe d'égalité (le législateur peut régler de manière différente des situations différentes) pour refuser de considérer que la définition du mariage (« un homme et une femme) constitue une rupture de l'égalité en excluant le mariage entre personnes du même sexe. Au fond, épouser un homme et épouser une femme, en 2010, ce n'est pas pareil. Dans sa décision 2013-669, il admet que le législateur a pu s'appuyer sur le principe d'égalité pour instituer le mariage pour tous et affirme qu'il ne lui appartient pas de se substituer à lui pour refuser cette appréciation. En 2013, c'est au nom de l'égalité entre les deux types de mariage que la loi est validée. C'est reconnaître que, dans ce cadre, le législateur fait ce qu'il veut et que c'est lui qui définit la notion d'égalité.

Le Conseil constitutionnel, sans conteste gardien des libertés, sans conteste aussi défenseur de l'ordre au mépris des libertés.

Sur le thème des libertés, il est difficile de dresser un bilan, la liste des décisions favorables aux droits et libertés étant fournie, tout comme celle des décisions qui les a altérés de manière contestable.

- D'un côté, le Conseil a à son actif une impressionnante série de **décisions qui protègent les droits et libertés**.

Comme mentionné ci-dessus, il en est ainsi des jurisprudences intégrant dans le bloc de constitutionnalité le préambule de 1946 (décision 71-44 DC relative à la liberté d'association), la Déclaration des droits de 1789 (décision 73-51 DC consacrant le principe constitutionnel d'égalité devant la loi) et la Charte de l'environnement, dont même le préambule, qui selon le Conseil n'édicte pas de droits et libertés garantis par la Constitution, a été utilisé pour identifier un objectif de valeur constitutionnelle relatif à « *la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains* » (décision 2019-823 QPC).

Retenons ensuite l'institution des QPC par la réforme constitutionnelle de 2008, qui a renforcé le contrôle des citoyens et donné davantage de cohérence au droit appliqué. Force toutefois est de constater que ce sont les personnes morales, notamment les représentants d'intérêts économiques, qui soulèvent majoritairement des QPC.

De manière récente, le Conseil a de même décidé d'ouvrir les ordonnances aux QPC dès avant leur ratification (à condition qu'elles traitent des droits et libertés), alors qu'elles étaient

jusqu'alors considérées comme des textes réglementaires et, de ce fait, soustraites à ce contrôle de constitutionnalité.

Enfin, parmi les décisions les plus favorables aux droits et libertés, l'on peut citer : la décision 76-75 DC refusant de permettre une fouille des voitures par les autorités de police sans conditions ni garanties ; la décision 2010-1 QPC refusant la cristallisation (absence de revalorisation) des pensions militaires versées aux ressortissants étrangers ; la décision 2010-8 QPC selon laquelle, en cas de faute inexcusable de l'employeur, le salarié peut demander réparation de tous les préjudices qu'il a subis sans que la loi puisse en écarter certains ; la décision 2010-14/22 QPC prévoyant le droit à la présence d'un avocat pendant la garde à vue ; la décision 2010-71 QPC imposant l'intervention d'un juge dès lors qu'une hospitalisation sans consentement dure au-delà de 15 jours ; la décision 2013-669 DC jugeant conforme à la Constitution la loi sur le mariage pour tous ; la décision 2016-545 QPC selon laquelle, si plusieurs sanctions (pénale et disciplinaire) s'appliquent pour un même fait, le principe de proportionnalité des peines implique que le montant total des sanctions ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ; la décision 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018 qui admet, au nom de la fraternité, l'aide désintéressée apportée à des étrangers en situation irrégulière ; la décision 2019-780 DC qui censure les décisions administratives d'interdiction faite à une personne de manifester ; la décision 2017-677 QPC refusant d'autoriser les fouilles et les contrôles d'identité dans toutes les zones soumises à l'état d'urgence, dès lors qu'aucune circonstance n'établit le risque d'atteinte à l'ordre public ; la décision 2020-805 DC refusant l'institution de peines de sûreté à l'issue de l'exécution de leur peine pénale pour des personnes ayant commis des infractions terroristes ; la décision 2020-878/879 QPC jugeant inconstitutionnelle la prolongation de plein droit des détentions provisoires en période de pandémie.

▪ D'un autre côté, **le Conseil**, selon le proverbe arabe cité en 1981 par le juriste Jean Ribéro à son propos, certes « **filtre les moustiques** » mais « **laisse passer les chameaux** ».

Comme vu ci-dessus, quand il confronte les libertés à d'autres exigences constitutionnelles le Conseil constitutionnel semble ne les protéger que lorsqu'elles lui paraissent affectées de manière disproportionnée, manifestement abusives, sinon, il laisse faire.

Le Conseil Constitutionnel a ainsi admis sans broncher les textes répressifs des années 2000 : sur **l'institution des peines planchers** aux majeurs et aux mineurs en situation de récidive (décision 2007-554 du 9 août 2007), il a considéré qu'il ne devait examiner que « l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine ». La loi prévoyant une automaticité de telles peines ne lui a pas paru contraire au principe d'individualisation puisqu'elle permet d'y déroger par exception et que les mineurs bénéficient malgré tout d'une atténuation de la peine. Le Conseil a considéré (sur le ton de l'évidence) que le principe d'individualisation de la peine n'implique pas que celle-ci « soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l'auteur ».

Le Conseil a de même validé **la rétention de sûreté** (décision 2008-562 DC) : il a d'abord soutenu qu'elle n'était pas une peine, juste une possibilité prévue par la Cour d'assises dans son jugement et que ni l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme ni l'article 66 de la Constitution ne trouvaient donc à s'appliquer. Puis, dans un grand envol d'incohérence, il a expliqué que la mesure ne pourrait toutefois s'appliquer aux personnes condamnées avant la

loi. Enfin, il a affirmé, sans aucune démonstration, comme il le fait le plus souvent, qu'aucune autre mesure moins attentatoire aux libertés n'étant possible pour prévenir la récurrence du crime, la mesure était « nécessaire ». L'atteinte aux droits n'existe plus puisque la société a le droit de se protéger contre les criminels et que le Conseil décide (d'où le tire-t-il ?) qu'elle ne peut pas trouver plus « soft ».

Plus près de nous, l'absence de censure de la **loi renseignement du 24 juillet 2015**, à trois points mineurs près, illustre que, dans certains cas, le Conseil est même capable de valider une surveillance massive des données échangées sur Internet ou des écoutes qui peuvent ratisser ample, sans le contrôle du juge et selon des finalités très larges : dès lors que la loi présente ces techniques comme nécessaires à la sécurité de l'État, celle-ci l'emporte, même sur le droit des citoyens ordinaires à la vie privée. La décision valide dans le même esprit les conséquences du secret Défense (qui « participe des exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation ») sur l'altération de la procédure contradictoire dans les juridictions administratives.

Quant aux décisions prises lors de l'état d'urgence (2015-2017), le Conseil constitutionnel ne s'est prononcé que dans le cadre de QPC, puisque ni la loi initiale ni les lois de prolongation ne lui ont été transmises. La teneur de ces décisions nous gêne aujourd'hui, mais il faut sans doute les lire avec recul : l'on ignorait alors que l'état d'urgence allait très vite cesser de correspondre à « un péril imminent » et devenir inutile. L'on ignorait également ce que les bilans nous ont montré, l'inanité des mesures d'assignation à résidence et de perquisitions de nuit au regard de la prévention du terrorisme. Reste que le Conseil a été très tolérant : dans une première décision (2015-527 QPC), il reconnaît que les assignations portent atteinte à la liberté d'aller et de venir (sans relever de l'article 66 : le Conseil a toujours considéré qu'il ne s'agit pas là de privation de liberté, position pour le moins discutable) tout en les justifiant par l'existence d'un péril imminent. **L'atteinte ne lui semble pas disproportionnée à partir du moment où les personnes ne sont pas regroupées dans des camps, où l'assignation ne dure pas plus de 12 heures par jour (13 heures, on serait dans la privation de liberté...) et où la situation est soumise au contrôle du juge administratif (dont nous savons aujourd'hui qu'il se prononçait sur des notes blanches du ministère de l'Intérieur).** Le Conseil n'évoque jamais le principe qu'il a jugé lui-même constitutionnel du **droit à un recours juridictionnel effectif** ou des droits de la défense, alors que c'était probablement l'atteinte la plus préoccupante aux droits.

Plus tard (décision 2016-536 QPC), **le Conseil a validé les perquisitions de nuit** au nom du même raisonnement (le chameau) mais interdit de saisir les données informatiques en dehors du contrôle d'un juge (le moustique), carence promptement réparée par une loi intervenue peu après.

En mars 2017 (décision 2017-624 QPC), le Conseil admet **la prolongation de l'assignation à résidence au-delà de 12 mois** mais en veillant à ce que le juge qui donne son avis ne puisse pas être le même que celui qui va se prononcer éventuellement sur le fond (même si ces deux juges ne disposent pas de dossier complet pour étayer leur position) et précise les conditions du renouvellement (comportement d'une particulière gravité, éléments nouveaux, durée totale à prendre en compte) : c'est sur ce fondement que des personnes, sans doute musulmans salafistes mais sans risque terroriste, ont été assignées plus d'un an sans avoir commis le moindre délit.

Il est vrai que le Conseil, parallèlement, a réparé un abus manifeste, en considérant (décision 2017-625 QPC) que, pour que le délit de « préparation à un acte terroriste » soit constitué, il fallait que la préparation soit évidente, et qu'elle le soit non pas par un acte matériel isolé mais par plusieurs qui permettent d'établir une concordance.

Dans sa grande compréhension des raisons qui poussent les pouvoirs publics à durcir le droit, le Conseil n'est d'ailleurs pas à l'abri de contradictions : dans une décision 2018-770 DC sur les dispositions de la loi dite « pour une immigration maîtrisée », le Conseil a admis l'organisation de **visioconférences, sans consentement de l'intéressé**, pour l'organisation de certaines audiences en matière de droit d'asile et de séjour, même pour des personnes détenues et retenues en Centre de rétention. Quelques mois plus tard, la décision 2019-778 DC du 21 mars 2019 relative à la loi justice considère pourtant que la visioconférence imposée à un détenu « ordinaire » **est une atteinte aux droits de la défense** « compte tenu de l'importance qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé ». La fragilité des raisonnements « équilibrés » devient visible, ils peuvent pencher d'un côté ou de l'autre, en fonction du contexte (demande d'asile ou prolongation d'une détention provisoire) et de la sensibilité des juges, dans des situations objectivement similaires.

L'on peut mentionner également la décision d'autoriser, pour les mineurs étrangers non accompagnés, **l'examen radiologique osseux** aux fins de vérifier leur âge, alors même que l'article du Code civil qui l'autorise reconnaît que les conclusions ne peuvent suffire à prouver la minorité. Dans sa décision 2018-768 du 21 mars 2019 QPC, le Conseil reconnaît que cet examen est entaché par des marges d'erreur significatives. Il indique donc que ce ne peut être l'unique fondement d'un refus et que, en cas de doute, les autorités publiques doivent accepter l'enfant en tant que mineur dans leur service. La décision est apparemment raisonnable. Elle fait toutefois penser aux condamnations que prononçait, il y a bien longtemps, les juges de l'Inquisition : un quart de preuve ne suffit pas, certes. Mais un quart de preuve ajouté à un autre quart de preuve puis à une demi-preuve, on arrive à une preuve entière. Le mineur se présente sans papiers, c'est le premier quart de preuve. Il ne convainc pas la personne qui mène son entretien d'évaluation, qui évoquera un regard fuyant ou une attitude « trop adulte », c'est le deuxième quart ; et l'examen osseux, même s'il n'est pas fiable, apporte la moitié de preuve qui complète le tout. Dans ces dossiers, tout est douteux, même l'entretien mené par une personne pas toujours bienveillante. Faire subir à une personne vulnérable un examen non fiable qui va contribuer (même partiellement) à ce que lui soit refusé un droit essentiel, le Conseil a décidé que c'était conforme à la Constitution.

En définitive, **le Conseil reste tolérant aux atteintes aux libertés soit lorsqu'il s'agit de terrorisme, voire d'ordre public, soit lorsqu'elles sont encadrées, même formellement**, ou expliquées (ce qui ne veut pas dire justifiées) par les nécessités publiques. Il suffit au législateur de laisser une porte ouverte en considération de la situation de fait pour que le juge constitutionnel s'en satisfasse : des altérations évidentes aux droits sont possibles si le Conseil peut présumer qu'elles seront appliquées avec discernement. Mais dans la vraie vie, il vaut mieux interdire les mauvaises pratiques que les permettre à des conditions qui risquent fort de n'être pas remplies. Défendre les libertés, ce n'est pas simplement accepter quelques garde-fous formels qui ne valent que sur le papier.

De même, le Conseil accepte la diffusion dans le droit ordinaire des dispositifs adoptés dans les états d'urgence dès lors qu'ils sont adoucis. Il a validé⁵, lors de réponses à plusieurs QPC, la loi du 30 octobre 2017 mettant fin à l'état d'urgence mais transposant dans le droit ordinaire, avec des atténuations, les dispositions de l'état d'urgence et prévoyant des assignations à résidence et des perquisitions « administratives ». La loi inscrit ainsi dans le droit ordinaire des dispositions qui, sur le fondement de soupçons flous, permettent de priver une personne de son entière liberté d'aller et venir : les mesures visent une personne pour laquelle « il existe des **raisons sérieuses de penser** (donc on suppose) que son **comportement** (ses agissements, ses propos, sa manière de vivre ?) constitue une menace (**où sont les faits ?**) d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui, soit **entre en relation** de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit **soutient**, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à **l'idéologie** exprimée, ou **adhère à des thèses** incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes » (en gras les justifications floues ou subjectives). La délinquance est désormais présumée mais, comme il n'existe pas de preuves ni d'actes, la « vraie » justice ne peut être saisie et la mesure d'assignation à domicile par décision administrative est autorisée. Le Conseil ne fait pas prévaloir l'atteinte aux libertés mais l'équilibre entre prévention des risques et respect des libertés, ce qui serait compréhensible si la première nécessité ne l'emportait pas en pratique sur la seconde.

CONCLUSION : LES FAIBLESSES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

La **première faiblesse** est, sans conteste, sa composition, le mode de nomination des membres (3 membres nommés par le Président de la République et trois membres nommés par le Président de chaque Assemblée) faisant douter de son impartialité.

C'est la critique essentielle émise dans un article de la revue *Questions constitutionnelles* du 4 janvier 2024, *L'impartialité du Conseil constitutionnel en question*, rédigé par trois juristes (L. Fontaine, T. Perroud, D. Rousseau) qui mettent en cause la capacité du Conseil à juger en équité. De fait, le Conseil est majoritairement composé d'anciennes personnalités politiques, ministres ou parlementaires qui ont participé à des décisions politiques, ont des attaches politiques et parfois ont eu à connaître de la préparation de la loi contestée. En 2024, siègent au Conseil 2 anciens premiers ministres, 2 anciens ministres, 2 anciens membres de cabinets ministériels, 1 ancien parlementaire et 2 anciens hauts fonctionnaires. Au moins, les anciens présidents de la République, membres de droit, ne siègent pas.

La critique s'appuie sur l'exemple de la décision 2022-986 QPC par laquelle le Conseil a jugé conforme à la Constitution une disposition privant les associations constituées depuis moins d'un an de la possibilité d'exercer un recours contre les permis de construire. Les deux anciens ministres qui avaient participé à l'élaboration de la loi mise en cause ont participé à la décision sur sa conformité à la Constitution.

L'article note que la pratique du dépôt, qui existe, est insuffisante, citant également le cas de la décision 2010-25 QPC relative au fichier national des empreintes génétiques, où 5 membres du Conseil sur 9 avaient eu à connaître précédemment du texte attaqué, soit pour avoir participé à sa rédaction, soit pour avoir participé au vote d'adoption, sans pour autant se

⁵ A un moustique près : le juge, saisi sur une « interdiction de fréquenter » une autre personne « suspecte », devra statuer plus rapidement qu'il n'était prévu dans la loi et se prononcer sur la reconduction de la mesure.

déporter. Le Conseil statue également en méconnaissant le quorum qui devrait s'imposer à lui, en invoquant une « force majeure » qui n'a pas lieu d'être.

Sans doute vaudrait-il mieux nommer des juristes plus éloignés du milieu politique.

D'autres critiques portent sur l'incompétence des membres du conseil (cf. *L'indispensable mue du Conseil constitutionnel*, A. Robot-Troisier, 2023) ou sur les pratiques du Conseil.

Ainsi, alors que le Conseil se comporte en juridiction depuis les décisions et les réformes constitutionnelles qui ont étendu sa compétence, les procédures suivies ne respectent pas celles qui doivent être mises en place dans une juridiction : ainsi le « contradictoire » s'est renforcé depuis l'origine mais reste imparfaitement assuré, puisque le gouvernement est très présent auprès du Conseil alors que les parlementaires auteurs de la saisine ne sont pas entendus.

Si la composition du Conseil et ses pratiques n'évoluent pas, mieux vaudrait, selon l'auteur, confier aux juges ordinaires le contrôle des lois en vigueur (ils le font déjà s'agissant des lois contraires aux traités), avec l'inconvénient (il est fort) de supprimer le contrôle de constitutionnalité a priori.

Le précédent fâcheux, il est vrai ancien, de la validation de l'élection de J. Chirac

La composition du Conseil le rend sensible à l'ordre et suspect de « connivence » avec les élites politiques.

Le fait le plus scandaleux est ancien mais l'on peut craindre qu'il ne soit révélateur : en octobre 1995, les rapporteurs devant le Conseil constitutionnel ont proposé le rejet des comptes de campagne d'un des candidats à l'élection présidentielle de 1995, E. Balladur et ont souligné les carences de ceux de J. Chirac, qui présentaient de fortes anomalies. A la demande du Président du Conseil de l'époque, les deux comptes ont été modifiés pour devenir présentables et à une voix près, la majorité des membres du Conseil a accepté de les valider. L'anecdote en dit long sur l'entre-soi des décideurs et le mépris des règles démocratiques.

Au-delà de sa composition et de ses pratiques, le Conseil peut se voir reprocher des défaillances de fond

Les principales critiques de fond portent d'abord sur la grande faiblesse des motivations et le caractère parfois péremptoire d'une conclusion de conformité à la constitution sans démonstration véritable.

F. de Paul Tétang in *A propos de la qualité des décisions du Conseil constitutionnel*, Droit constitutionnel, 2016) donne des exemples de déficit pur et simple de motivation, le Conseil se contentant d'affirmer que la disposition attaquée est conforme à la Constitution, parfois sans même avoir examiné le grief invoqué. A. Robot-Troisier, qui souligne le même défaut, souhaite qu'au moins le Conseil abandonne les motivations standardisées, utilisées systématiquement quel que soit le cas d'espèce.

Au-delà, le Conseil refuse de jouer son rôle quand la matière lui semble trop technique ou qu'on lui demande un contrôle de qualité : comme mentionné ci-dessus, il refuse en pratique de se prononcer sur la sincérité des lois financières, sur la qualité des études d'impact, sur les accusations de détournement de procédure, sur le caractère insuffisant, au regard des

exigences constitutionnelles, des droits économiques et sociaux, tel le logement pour tous ou la reconnaissance du droit à la santé. Le Conseil se défausse en utilisant une formulation standardisée : « *Le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement [et] ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies* ». Son contrôle perd alors tout sens.

Enfin, dans sa volonté d'équilibrer les divers droits, libertés et exigences d'intérêt général, il se montre très compréhensif à l'égard des pouvoirs publics dès qu'il s'agit d'ordre public et accepte de sacrifier des droits et libertés fondamentaux dès lors que le texte qui lui est soumis met en place une garantie, même si celle-ci est contestable, ou quelques garde-fous, même s'ils sont à l'évidence insuffisants. En ce domaine, l'appartenance de ses membres au milieu politique joue sans doute un rôle crucial : l'État doit être protégé, serait-ce au détriment de libertés individuelles d'individus suspectés d'être dangereux.