Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ?

Véronique Champeil-Desplats

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/5380>

DOI : 10.4000/crdf.5380

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 décembre 2011

Pagination : 11-22

ISBN : 978-2-84133-396-7

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Véronique Champeil-Desplats, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 9 | 2011, mis en ligne le 01 décembre 2012, consulté le 14 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/5380> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.5380>

Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ?

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS

Professeur à l'Université de Paris-Ouest Nanterre – La Défense
Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF)

-
- I. La protection des droits et libertés, la construction d'une image
 - A. Les étapes et les caractéristiques de la construction
 - B. Les facteurs d'une image : entre volontarisme et contraintes
 - 1. Une image ressource : légitimer
 - 2. Une action contrainte : protecteur malgré soi ?
 - II. La protection des droits et libertés, l'évaluation d'une action
 - A. Le test diachronique : moins qu'hier, plus que demain ?
 - 1. Protection des droits et libertés et conception du pouvoir des juges
 - 2. Glissements et replis jurisprudentiels
 - B. Le test synchronique : moins ici qu'ailleurs ?
 - 1. Le Conseil constitutionnel et le miroir des autorités administratives indépendantes
 - 2. Les décisions du Conseil constitutionnel à la lumière d'autres jurisprudences

Le Conseil constitutionnel français n'a pas été créé pour protéger les droits et libertés. Il a avant tout été conçu comme un instrument de rationalisation du parlementarisme destiné à remédier aux excès des républiques antérieures. Durant les travaux préparatoires de 1958, certains avaient même nié la valeur juridique du préambule de la Constitution¹. Pire, souffrant d'une méfiance endémique à l'égard du contrôle de constitutionnalité perçu comme une mise en cause de la souveraineté parlementaire et comme un mécanisme de censure de l'expression de la volonté générale, le Conseil constitutionnel n'est pas en France, contrairement à d'autres États, une institution d'emblée légitime. Si peu évoquent aujourd'hui l'idée de le supprimer, un climat de suspicion resurgit dès lors qu'une

décision relative à des dispositions législatives sensibles emporte le mécontentement. Et ce mécontentement est toujours prêt à s'exprimer puisque les décisions du Conseil constitutionnel portent sur des lois qui, par définition, sont soutenues par une majorité politique et contestées par son opposition. À ce titre, si le contrôle exercé *a posteriori* dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) prévue au nouvel article 61-1 de la Constitution expose à moins d'attaques politiques, il ne les interdit pas totalement. Quoi qu'il en soit, le contrôle *a priori* et ses aléas demeurent. De ce point de vue, l'histoire du Conseil constitutionnel est en partie celle de la construction de sa légitimité et de la conquête d'une place dans le paysage institutionnel français.

1. Séance du Comité consultatif constitutionnel, 9^e séance, 7 août 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, Paris, La Documentation française, 1998, p. 254-257.

C'est d'abord dans l'image d'un juge protecteur des droits et libertés que le Conseil constitutionnel, ainsi qu'une partie de la doctrine qui a soutenu sa cause, ont trouvé la voie. Celle-ci n'est donc pas une donnée qui s'impose d'elle-même mais une construction qui poursuit essentiellement des fins de légitimation de l'institution et de ses décisions. Pour cette raison, elle ne rend que partiellement compte de l'ensemble des activités et des visées du Conseil constitutionnel. Elle masque ou, à tout le moins, laisse en arrière-plan l'existence d'une pluralité d'autres préoccupations dont l'importance qui leur est accordée peut varier dans le temps. Quand bien même l'article 61-2 de la Constitution confie au Conseil constitutionnel l'examen des recours qui soutiennent à « l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction », « qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », son action en faveur des droits et libertés n'est pas assurée et ne s'impose pas comme la seule possible. La généralité et le flou des dispositions à partir desquelles le Conseil constitutionnel justifie ses décisions, la considération de politiques jurisprudentielles et institutionnelles multiples, ne garantissent aucunement que la jurisprudence constitutionnelle s'oriente vers une protection optimale des droits et libertés. Dès les années 1980, les métaphores n'ont pas manqué à une partie de la doctrine pour exprimer ses doutes sur le degré de protection des droits et libertés imposé rue de Montpensier. Le Conseil constitutionnel n'assurerait qu'une « vigilance à éclipses »², exercerait un contrôle « en trompe-l'œil »³, laisserait passer le chameau, pour ne filtrer que le moustique⁴. Plus tard, un ancien membre du Conseil s'est livré à l'exercice d'opinions « différentes » qui auraient été plus protectrices que les solutions retenues par le Conseil⁵. La théorie réaliste de l'interprétation, enfin, met également en garde sur le fait qu'en interprétant le texte constitutionnel, ce sont moins des droits et des libertés dont le sens serait préalablement déterminé que les juges constitutionnels « appliquent » ou « protègent », que leurs propres conceptions qu'ils imposent.

Après avoir montré comment le Conseil constitutionnel a pu s'appuyer sur la construction d'une image de protecteur des droits et libertés pour légitimer ses initiatives

jurisprudentielles et plus largement l'institution (I), on tentera de confronter et d'évaluer cette image à l'aune de son action, c'est-à-dire du contenu de ses décisions et de leur évolution (II).

I. La protection des droits et libertés, la construction d'une image

À partir de la décision du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel s'est progressivement construit une image de gardien et de protecteur des droits et libertés constitutionnelles (A). Plusieurs facteurs peuvent expliquer l'importance et le crédit portés à cette image (B).

A. Les étapes et les caractéristiques de la construction

Plusieurs éléments se sont accumulés pour conférer au Conseil constitutionnel l'image d'un gardien des droits et libertés.

Tout d'abord, au cours de la première décennie du contrôle de constitutionnalité exercé à l'égard du préambule de la Constitution, le Conseil constitutionnel a généreusement enrichi le catalogue des droits et libertés de valeur constitutionnelle. Il l'a d'abord entrepris par la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République mentionnée dans le préambule de la Constitution de 1946, en considérant comme tels la liberté d'association⁶, le respect des droits de la défense⁷, la liberté individuelle⁸, la liberté de l'enseignement et la liberté de conscience⁹ ou l'indépendance des professeurs d'université¹⁰. Puis, à partir de la fin des années 1970, le Conseil constitutionnel se réfère à des catégories de normes constitutionnelles non expressément prévues par le texte de la Constitution. Apparaissent ainsi de nombreux « principes et règles à valeur constitutionnelle » (la liberté d'aller et venir¹¹, la liberté contractuelle¹², le respect de la vie privée¹³, la liberté d'entreprendre¹⁴, le droit au recours effectif et à un procès équitable¹⁵, le principe de responsabilité¹⁶ ou encore le principe de la dignité de la personne humaine¹⁷) ou « objectifs à valeur constitutionnelle » (le

2. D. Lochak, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n° 13, 1986, p. 41.

3. D. Lochak, « Les trompe-l'œil du Palais royal », *Plein droit*, n° 22-23, 1994, p. 8.

4. J. Rivero, note sous la décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 1981, p. 275.

5. P. Joxe, *Cas de conscience*, Paris, Labor et Fides, 2010, p. 183 sq.

6. Déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Rec.* 29.

7. Déc. n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, *Rec.* 39.

8. Déc. n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Rec.* 33.

9. Déc. n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Rec.* 42.

10. Déc. n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Rec.* 30.

11. Déc. n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Rec.* 31.

12. Déc. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Rec.* 120.

13. Déc. n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Rec.* 116.

14. Déc. n° 81-182 DC du 16 janvier 1982, *Rec.* 18 ; n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, *Rec.* 13.

15. Déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Rec.* 438.

16. Déc. n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Rec.* 116.

17. Déc. n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Rec.* 100.

pluralisme des courants d'opinion¹⁸ ou l'accès à un logement décent¹⁹).

Un des points culminants de cet élan en faveur des droits et libertés réside certainement dans la création d'un régime de protection renforcée pour des droits que le Conseil constitutionnel qualifie *ex nihilo* de « droits fondamentaux constitutionnels ». Plusieurs droits et libertés bénéficient progressivement du sceau de la fondamentalité : le droit de la propriété²⁰, la liberté de communication des pensées et des opinions²¹, puis les libertés d'écrire, d'imprimer et de parler²², les droits de la défense, le droit d'asile, la liberté individuelle et la sûreté, la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale²³, la liberté proclamée par l'article 4 de la Déclaration de 1789, dont découlent « la liberté d'entreprendre, l'égalité devant la loi et les charges publiques, le droit à l'emploi, le droit syndical, ainsi que le droit reconnu aux travailleurs de participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises »²⁴. Pour le Conseil constitutionnel, ces droits doivent bénéficier d'un « effet cliquet » ou « anti-retour » : le législateur ne saurait intervenir que pour les rendre plus effectifs²⁵.

Si elles en constituent les manifestations les plus affirmées, l'extension du « bloc de constitutionnalité » et la création d'un régime renforcé en faveur de droits et libertés que le Conseil constitutionnel considère fondamentaux ne sont pas les seules caractéristiques de l'image d'un juge protecteur des droits et libertés. On peut aussi leur associer le laconisme voire l'absence de justifications qui accompagnent, jusqu'à la fin des années 1980, la formulation de nouveaux droits et libertés. La liberté de conscience et la liberté individuelle ont ainsi pu être qualifiées de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, ou la liberté d'aller et venir être élevée au rang des principes à valeur constitutionnelle, sans que le lecteur des décisions n'ait d'éléments pour en comprendre les raisons²⁶. Tout se passe comme si le renforcement de la protection des droits et libertés était une visée autosuffisante et ne nécessitait aucune explication ou justification.

Enfin, la construction d'une image de juge protecteur des droits et libertés s'accompagne du peu d'hésitation à sanctionner des dispositions législatives politiquement sensibles. Pour ne rappeler que les cas les plus

emblématiques, en 1971, le Conseil constitutionnel déclare contraire à la liberté d'association une loi qui prenait le contre-pied d'un jugement du tribunal administratif de Paris rappelant au préfet de la Seine que son refus d'enregistrer une association était contraire à la liberté d'association. L'association en question avait pour créateurs Simone de Beauvoir et Michel Leiris qui cherchaient à donner aux « amis de *La Cause du peuple* » les moyens juridiques de s'élever contre l'interdiction dudit journal²⁷. En juillet 1977, le Conseil constitutionnel déclare abruptement contraire à la liberté individuelle une loi qui, pour des raisons dépassant nettement celles qui étaient officiellement affichées, autorisait de façon quasi inconditionnelle la fouille des véhicules par les officiers de police. Ou encore, en août 1993, dans le contexte sensible du début de la deuxième cohabitation, le Conseil estime inconstitutionnelles plusieurs dispositions législatives relatives aux droits d'entrée et de séjour des étrangers. Robert Badinter, son président de l'époque, s'engage alors dans un virulent débat public avec le Premier ministre, en soutenant précisément la vocation protectrice des droits et libertés de son institution²⁸. Ce faisant, il l'exposa à la première révision constitutionnelle destinée à directement contredire l'une des décisions des « sages ».

B. Les facteurs d'une image : entre volontarisme et contraintes

La construction d'une image institutionnelle peut reposer sur une part de volontarisme, en l'occurrence porté par un président soutenu par la majorité de ses collègues. Certains ont ainsi insisté sur le rôle particulier de Robert Badinter dans l'ascension du Conseil constitutionnel à un « âge d'or »²⁹. Ce n'est pas succomber à un excès de personnalisation ou à une surévaluation du rôle des présidents que d'admettre que la politique institutionnelle et jurisprudentielle du Conseil constitutionnel n'est pas exactement la même lorsque celui-ci est présidé par Léon Noël, par Robert Badinter ou par Pierre Mazeaud. Il reste que la volonté des personnalités, aussi respectées et influentes soient-elles, ne fait pas tout. L'appui sur une image de protecteur des droits et libertés peut servir la nécessité

18. Déc. n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Rec.* 78.

19. Déc. n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Rec.* 176.

20. Déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Rec.* 299.

21. Déc. n° 84-181 DC.

22. Déc. n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, *Rec.* 106.

23. Déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Rec.* 221.

24. Déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Rec.* 258.

25. Voir V. Champeil-Desplats, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *Dalloz*, 1995, chr. 323 ; J. Favre et B. Tardivel, « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle" », *Revue du droit public*, n° 5, 2000, p. 1420.

26. Déc. n° 76-75 DC ; n° 77-87 DC ; n° 79-107 DC.

27. Tribunal administratif de Paris, 25 janvier 1971, *Dame de Beauvoir et Leiris, L'Actualité juridique. Droit administratif*, 1971, p. 229.

28. Éditorial de Robert Badinter, *Le Monde*, 23 novembre 1993, p. 1.

29. D. Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes et C^{ie}, 1993.

de légitimer l'institution (1) et résulter d'un ensemble de contraintes (2).

1. Une image ressource : légitimer

Pour rassurer ceux qui pourraient redouter l'émergence d'un gouvernement des juges, l'image du juge protecteur des droits et libertés apparaît comme une des ressources les plus solides. Les commentaires de Jean Rivero au lendemain de la décision du 16 juillet 1971 demeurent à ce titre très révélateurs : « La place que le Conseil vient ainsi de s'assurer parmi les organismes protecteurs des libertés rend désormais plus difficiles les accusations politiques parfois formulées contre lui. Quelle majorité se réclamant de la tradition libérale oserait, après ce coup d'éclat, supprimer une institution dont l'efficacité pour la défense des Droits de l'homme vient de s'affirmer³⁰ ? »

À partir du milieu des années 1970, la protection des droits et libertés s'est peu à peu imposée comme la principale source de légitimité des décisions du Conseil. Sa mission première est alors, pour le bonheur d'une doctrine de plus en plus prompte à se rallier à la cause de la justice constitutionnelle, de soumettre les pouvoirs publics, et tout particulièrement le législateur, à des droits et libertés exprimées au plus haut degré de la hiérarchie des normes de l'ordre juridique français.

Pendant longtemps, les membres du Conseil constitutionnel n'ont pas hésité à consolider cette image. Georges Vedel pouvait par exemple affirmer à la fin des années 1980 avec l'éloquence qui est la sienne : « Le trésor des Droits de l'homme s'accroît au long des siècles et des décennies, mais aucune des gemmes qui le composent n'en est retirée pour faire place à une autre. Le juge constitutionnel est gardien de ce trésor. Il doit accueillir de nouvelles richesses mais ne rien perdre des anciennes »³¹. L'image du juge protecteur des droits et libertés a ainsi permis de hisser le Conseil constitutionnel au rang des grandes Cours constitutionnelles, tout comme elle lui a servi d'indéfectible soutien pour faire face au courroux des majorités parlementaires censurées. Il suffit d'évoquer une seconde fois la défense implacable de Robert Badinter face à l'initiative du Premier ministre d'engager une révision de la Constitution pour prendre le contre-pied de la décision du 13 août 1993 au sujet du droit d'asile. Pour le président du Conseil constitutionnel de l'époque,

« du droit d'association au droit d'asile », la jurisprudence constitutionnelle exprime la préoccupation constante de veiller « au respect des libertés publiques et des droits fondamentaux de l'homme et du citoyen »³².

L'image de protecteur des droits et libertés n'a pas seulement servi les seuls membres du Conseil constitutionnel. Elle a également pu être brandie par ceux qui ont voulu justifier des projets de révision constitutionnelle visant à étendre les pouvoirs de l'institution. Elle a ainsi largement été invoquée lors des débats d'octobre 1974 qui ont précédé l'adoption de la loi constitutionnelle ouvrant la saisine à 60 députés ou 60 sénateurs, au prix d'une minimisation des craintes et des critiques qu'avait auparavant pu susciter le Conseil³³. Plus tard, en 1990, 1993 puis en 2008, on retrouve l'appui sur le rôle protecteur des droits et libertés du Conseil constitutionnel parmi les principales justifications des projets de création d'une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*.

2. Une action contrainte : protecteur malgré soi ?

L'image de protecteur des droits et libertés n'est pas le fruit d'une simple bienveillance. Si l'on peut admettre qu'en fonction des sensibilités de tel ou tel président ou membres du Conseil constitutionnel, il existe un espace pour œuvrer discrétionnairement dans une direction préalablement définie et voulue – et donc pour une explication de type volontariste des politiques jurisprudentielles et institutionnelles –, la protection des droits et libertés peut également résulter de différentes contraintes.

À un haut degré de généralité, on peut tout d'abord rappeler la contrainte de cohérence qui pèse sur le Conseil constitutionnel. Comme l'ont mis en évidence Michel Troper³⁴ et Jacques Meunier, à supposer que le Conseil constitutionnel soit totalement libre de décider, s'il souhaite rester crédible et, bien plus, voir ses décisions respectées et suivies d'effets, il ne peut à chaque occasion adopter une solution différente. Ainsi, « compte tenu de ses compétences et des conditions de leur exercice, la relative stabilité de sa jurisprudence est pour [le Conseil constitutionnel] le meilleur coup à jouer. Quand bien même il serait libre de n'en pas tenir compte, c'est encore cela qu'il aurait intérêt à faire ; c'est en s'imposant de respecter ses propres interprétations de la Constitution qu'il utilise au mieux sa liberté »³⁵. En procédant autrement, les

30. J. Rivero, Note sous la décision du 16 juillet 1971, *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 1971, p. 539.

31. G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des Droits de l'homme », *Pouvoirs*, n° 45, 1988, p. 155. Voir aussi en ce sens, F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p. 563 ; F. Luchaire, « Procédures et techniques de la protection des droits fondamentaux », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, L. Favoreu (dir.), Paris, Economica, 1982, p. 65 ; F. Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Conseil constitutionnel français », in *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, p. 225 sq., ou, plus récemment, J. Robert, *La Garde de la République*, Paris, Plon, 2000 ; D. Schnapper, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, p. 328.

32. R. Badinter, « Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde*, 23 novembre 1993, p. 1.

33. « Le Conseil constitutionnel est au plus haut niveau le gardien des droits. [...] Après seize années d'expérience, il apparaît que l'existence du Conseil constitutionnel a été bien acceptée et qu'il a pris dans le fonctionnement de nos institutions la place de tout premier plan qui lui revenait », J. Lecanuet, garde des Sceaux devant l'Assemblée nationale, cité dans L. Hamon, *Les Juges de la loi*, Paris, Fayard, 1987, p. 173.

34. M. Troper, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », *Interprétation et Droit*, P. Amselek (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 244.

35. J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris, LGDJ, 1994, p. 31.

acteurs auxquels le Conseil cherche à imposer ses décisions seraient eux-mêmes libres de décider comme ils l'entendent. Ils se trouveraient en effet dans l'impossibilité de prévoir la norme supposée s'imposer à eux, ou mieux, ils pourraient prévoir que celle-ci changera dans un sens incertain et indéterminé. Mais si cette contrainte de cohérence permet d'expliquer certaines continuités jurisprudentielles qui, en l'occurrence, serviraient la protection de droits et libertés, elle n'implique pas que les solutions retenues en ce sens par le Conseil constitutionnel soient immuables. D'un côté, la majorité de ses membres peut un jour décider de s'engager dans une rupture jurisprudentielle délibérée, et elle-même pensée pour devenir durable. D'un autre côté, tout en préservant les apparences de cohérence et de continuité, il est possible d'infléchir et de modifier les solutions antérieures. Il suffit de s'appuyer sur des variations apparues au fur et à mesure des décisions, de mettre en évidence des changements de circonstance ou encore d'accorder un poids nouveau à des exigences ou principes constitutionnels concurrents. C'est ainsi, par exemple, que depuis le début des années 2000, le Conseil constitutionnel a pu progressivement abandonner ses références à la notion de droit constitutionnel fondamental et l'invocation de « l'effet cliquet » sans que de nombreuses voix ne se soient élevées contre l'incohérence de son attitude.

Outre la contrainte de cohérence, l'action protectrice des droits et libertés du Conseil constitutionnel peut être guidée par la prise en considération des réactions possibles d'autres acteurs. Certains admettent que la critique de la doctrine joue son rôle dans les choix et les orientations du Conseil constitutionnel. Il est vrai que certains de ses membres, en particulier le doyen Vedel, ont souligné leur attention à l'égard des commentaires suscités par les décisions adoptées. Il reste que la doctrine n'a aucune capacité d'action juridique sur le Conseil constitutionnel. Si elle peut concourir à sa légitimation, elle ne peut le contraindre juridiquement à adopter telle ou telle décision. On peut alors, plus significativement, évoquer l'épée de Damoclès que constitue l'engagement de la procédure de révision de la Constitution. Il reste que, jusqu'à présent, l'intervention du pouvoir constituant s'est avérée ambivalente sur la question des droits et libertés. Elle a pu, d'un côté, aider à surmonter les obstacles que le Conseil constitutionnel voyait à promouvoir la présence des femmes dans les instances de décisions politiques, syndicales ou des grandes entreprises. Mais, d'un autre

côté, en 1993, elle a pu s'opposer à une interprétation protectrice du droit d'asile. Si donc l'éventualité d'une intervention du pouvoir constituant peut être analysée comme une source de contrainte pour le Conseil constitutionnel, celle-ci n'oriente pas forcément ses décisions dans un sens protecteur des droits et libertés.

Les contraintes les plus significatives œuvrant en ce sens viennent alors sans nul doute de la Cour européenne des Droits de l'homme. Alors même que le Conseil refuse de s'engager dans un contrôle de la conventionnalité des lois, montrer son attention à l'égard des juges de Strasbourg s'inscrit pleinement dans la construction de l'image d'une justice constitutionnelle protectrice des droits et libertés. Les membres du Conseil constitutionnel ou ses secrétaires généraux n'ont pas manqué de le souligner³⁶. Significatif à cet égard est le retentissement de l'affaire *Zielinski et Pradal*³⁷ à l'occasion de laquelle la Cour européenne des Droits de l'homme a estimé contraire à la Convention éponyme une loi que le Conseil constitutionnel avait considérée conforme à la Constitution³⁸. Le Conseil a alors eu tôt fait de rectifier sa jurisprudence relative, en l'espèce, aux validations législatives.

Si Robert Badinter avait donc pu en son temps insister sur le caractère volontariste de l'attention portée par le Conseil constitutionnel à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme – les juges sont mus par une même volonté d'assurer la protection des droits et libertés –³⁹, d'autres membres ont ensuite davantage mis l'accent sur la part de contrainte à laquelle ils sont à ce sujet soumis. Ainsi, pour Dominique Schnapper, « depuis l'arrêt *Zielinski* de 1999, le Conseil a été plus exigeant dans la conformité des lois de validation à la Constitution, montrant qu'il existe bien dans les faits un contrôle implicite de la jurisprudence de la Cour européenne sur ses décisions, même s'il s'agit d'une autorité « persuasive » »⁴⁰.

Avec la révision constitutionnelle de 2008 et l'instauration de la QPC, les hypothèses de conflit sont potentiellement croissantes et assurément plus pressantes. Le Conseil constitutionnel est exposé à une décision de la Cour européenne des Droits de l'homme non plus à l'issue d'une éventuelle procédure juridictionnelle ayant épuisé toutes les voies de recours interne, mais à l'issue d'une procédure en cours très vraisemblablement engagée sur le double fondement de l'inconstitutionnalité et de l'inconventionnalité des dispositions législatives contestées. Sauf à vouloir délibérément fragiliser son statut ou à provoquer un conflit sur des points considérés comme

36. Voir, par exemple, R. Badinter, « La Convention européenne des Droits de l'homme et le Conseil constitutionnel », in *Protection des Droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, P. Mahoney et al. (éd.), Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 79-85 ; B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la Convention européenne des Droits de l'homme », in *Droit international et Droits de l'homme. La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des Droits de l'homme*, H. Thierry et E. Decaux (dir.), Paris, Montchrestien (Cahiers du CEDIN, n° 5), 1990, p. 251-268 ; F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des Droits de l'homme », *Gazette du Palais*, n° 161-163, 10-12 juin 2007, p. 11-12 ; O. Dutheil de Lamothe, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des Droits de l'homme : un dialogue sans paroles », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 403 sq.

37. CEDH, 29 octobre 1999, req. 24846/94.

38. Déc. n° 93-332 DC du 13 janvier 1994, *Rec.* 21.

39. R. Badinter, « La Convention européenne... », p. 80.

40. D. Schnapper, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, p. 344.

névralgiques, passer durablement outre la jurisprudence de la Cour européenne présente de plus en plus de risques pour le Conseil constitutionnel. Qui n'a ainsi pas décelé, dans la déclaration d'inconstitutionnalité du régime des gardes à vue, l'œil tourné vers Strasbourg⁴¹ ? Comment ne pas pressentir que le Conseil constitutionnel a veillé de près à la date de la décision de la Cour européenne des Droits de l'homme sur l'hospitalisation d'office⁴² avant de rendre sa décision sur la question, chose que ne semblent pas démentir les commentaires autorisés de la décision⁴³ ? Une attention minimum à la protection des droits et libertés s'impose donc dorénavant au Conseil constitutionnel même si la majorité de ses membres souhaitait qu'il en soit autrement. Mais entre un minimum imposé et un maximum souhaité, il existe une importante marge de manœuvre à l'intérieur de laquelle les différentes formations du Conseil constitutionnel oscillent à des niveaux variables.

II. La protection des droits et libertés, l'évaluation d'une action

Une chose est de relever que le Conseil constitutionnel s'est construit sous l'effet de plusieurs facteurs une image de protecteur des droits et libertés, une autre est de considérer son action et ses évolutions au regard de l'image affichée. Dès lors en effet que l'on admet que les juges ne sont pas la bouche de droits et de libertés dont le contenu leur préexisterait et s'imposerait à eux, dans quelle mesure peut-on affirmer qu'ils les protègent ? En d'autres termes, quel protecteur des droits et libertés le Conseil constitutionnel est-il ou est-il devenu ?

Chacun peut, par convictions personnelles, avoir de bonnes raisons d'apprécier ou non les décisions du Conseil constitutionnel en matière de droits et libertés. Mais lorsque certains dénoncent sa « vigilance à éclipses »⁴⁴ ou, en reprenant la métaphore de Jean Rivero, considèrent « que les chameaux que le Conseil laisse passer sont de plus en plus grands et la chasse aux moustiques est de moins en moins fructueuse »⁴⁵, les arguments invoqués ne reposent pas uniquement sur des ressorts idéologiques. On tentera ici de mettre en évidence l'existence d'indices et d'outils méthodologiques qui rendent possible une évaluation « objectivée » de l'action du Conseil constitutionnel, comme plus généralement d'autres institutions, en matière de droits et des libertés. On s'appuiera essentiellement – sans prétendre à ce qu'elle soit la seule possible – sur une démarche comparative et rela-

tiviste qui tend à évaluer une décision ou une séquence de décisions données, non pas en toute généralité, mais à l'aune d'autres solutions retenues pour le même cas ou des cas semblables, soit précédemment par l'institution elle-même, soit par d'autres institutions. Dans le premier cas, le test est diachronique (A) ; dans le second, il est synchronique (B).

A. Le test diachronique : moins qu'hier, plus que demain ?

Que ce soit dans les discours des membres (1) ou dans les décisions du Conseil constitutionnel (2), la mission protectrice des droits et des libertés a été soumise à plusieurs nuances.

1. Protection des droits et libertés et conception du pouvoir des juges

Les discours que les membres d'une institution livrent sur celle-ci fournissent des indices précieux sinon sur « la vérité » de son fonctionnement, du moins sur la façon dont ils perçoivent qu'elle fonctionne ou sur la façon dont ils souhaiteraient que des personnes extérieures pensent qu'elle fonctionne. S'agissant de la protection des droits et libertés, force est de constater que les propos précédemment évoqués ont parfois été altérés, y compris par des membres qui les ont promus. Georges Vedel est ainsi sans doute celui qui a le plus insisté, quelques années après son entrée au Conseil constitutionnel, sur les limites de la protection constitutionnelle des droits et libertés. Selon Georges Vedel en effet, le Conseil n'est pas maître du bloc de constitutionnalité : « la plus sûre garantie de la stabilité, sinon de la pérennité de la jurisprudence constitutionnelle se trouve dans le fait que le Conseil constitutionnel, largement mis en garde contre le danger du "gouvernement des juges", ne s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel »⁴⁶.

En conséquence, la protection des droits et libertés s'arrête là où le Conseil constitutionnel estime être dépourvu de sources constitutionnelles ou, d'un point de vue réaliste, la protection des droits et libertés s'arrête là où le Conseil constitutionnel entend l'arrêter en arguant de l'absence de sources constitutionnelles.

Toutefois, ne pas être maître du bloc de constitutionnalité n'est pas totalement antinomique avec une action protectrice des droits et libertés. Il en atténue seulement la portée. Le Conseil poursuit cette action mais dans la

41. Déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, JORF, 31 juillet 2010, p. 14198.

42. CEDH, 18 novembre 2010, *Baudoin contre France*, n° 35935/03.

43. Déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *M^{lle} Danielle S.*, JORF, 27 novembre 2010, p. 21119 ; voir, en ce sens, les commentaires aux *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, 2010.

44. D. Lochak, « Le Conseil constitutionnel... », p. 48.

45. P. Wachsmann, « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », in *Billet d'humeur en l'honneur de D. Lochak*, V. Champeil-Desplats et N. Ferré (dir.), Paris, LGDJ, 2007, p. 279.

46. G. Vedel, « Le précédent judiciaire en droit public français », *Revue internationale de droit comparé*, Journées de la société de législation comparée, vol. 6, 1984, p. 287.

limite où il considère que les droits et libertés invoqués sont exprimés dans des textes sources du droit constitutionnel, ou en découlent. La limite s'avère donc plus ou moins forte selon l'interprétation et la conception que le Conseil constitutionnel adopte des textes sources. La figure du juge non maître du bloc de constitutionnalité s'analyse alors comme un argument permettant de justifier une interprétation resserrée des textes et de refuser la consécration de nouveaux droits et libertés au niveau constitutionnel.

Un des meilleurs révélateurs du phénomène réside sans doute dans le changement d'attitude du Conseil constitutionnel à l'égard des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Alors que cette catégorie était dans les années 1970 le fer de lance de l'extension de la protection constitutionnelle des droits et libertés, depuis 1988⁴⁷, le Conseil en impose une conception stricte. Pour qu'un droit ou une liberté soit qualifié de principe fondamental reconnu par les lois de la République, il faut qu'il ait été au moins énoncé dans une loi votée au cours d'un régime républicain antérieur à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946. Il faut en outre qu'il ait été affirmé de façon continue et sans exception. En conséquence, après 1988, seuls deux nouveaux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont été consacrés, celui de la compétence du juge judiciaire en matière de propriété immobilière⁴⁸ et celui de la spécificité de la justice pénale applicable aux mineurs⁴⁹. Dans le même temps, de nombreux principes invoqués par les auteurs de saisines étaient rejetés⁵⁰.

Pour ériger de nouveaux droits et libertés au rang constitutionnel, le Conseil préfère dorénavant recourir aux catégories des principes et des objectifs à valeur constitutionnelle, à condition d'avoir un énoncé du texte constitutionnel à l'appui. Mais là encore, l'étendue du pouvoir interprétatif que s'autorise la majorité des membres du Conseil constitutionnel à un moment donné est déterminante. Depuis le milieu des années 1990, la conception du pouvoir interprétatif qui prédomine rue de Montpensier a tendance à desservir l'affirmation de nouveaux droits et libertés. Le Conseil s'engage plutôt dans un travail de redé-

finition des fondements des droits et libertés déjà consacrés, en les rattachant notamment, autant que possible, aux articles 2, 4 ou 16 de la Déclaration des Droits de l'homme⁵¹. Par ailleurs, les nouveaux principes et objectifs énoncés présentent souvent une tonalité technique : intelligibilité, accessibilité, clarté ou normativité de la loi⁵².

2. Glissements et replis jurisprudentiels

Plusieurs indices jurisprudentiels donnent corps à la tendance qu'a le Conseil constitutionnel de resserrer son pouvoir d'interprétation en matière de droits et libertés.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel ne s'oppose pas à tout recul législatif. Comme le relève un ancien membre à propos de la garde à vue des mineurs, « en 2004, la majorité du Conseil constitutionnel » a validé « pour l'essentiel une loi [...] permettant en particulier de maintenir des mineurs en garde à vue pendant quatre jours au lieu de deux »⁵³. Ou encore et surtout, à partir du début des années 2000, le Conseil abandonne toute référence à la notion de droits constitutionnels fondamentaux et, par conséquent, à l'« effet cliquet » qui l'accompagnait⁵⁴.

En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel affirme depuis la toute fin des années 1970 la nécessité de procéder à une conciliation des droits et libertés de valeur constitutionnelle non seulement entre eux, mais aussi avec d'autres principes ou objectifs qui n'étaient le plus souvent pas expressément inscrits dans le texte de la Constitution, tels que la sauvegarde de l'intérêt général, le principe de continuité des services publics⁵⁵ ou la préservation de l'ordre public⁵⁶. L'émergence de cette exigence de conciliation, associée à d'autres éléments, telle que la technique des réserves d'interprétation, a très tôt été perçue par la doctrine comme un tournant dans l'attitude du Conseil à l'égard des droits et libertés⁵⁷. Le temps conforte l'analyse. L'exigence de conciliation des droits et libertés avec l'ordre public, l'intérêt général ou encore la lutte contre la fraude⁵⁸ a été systématisée. Elle procède, à partir des années 2000, d'une volonté délibérée de changement d'orientation générale de la part de certains membres du Conseil constitutionnel et en particulier de son président

47. Déc. n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Rec.* 119.

48. Déc. n° 89-256, 25 juillet 1989, *Rec.* 53.

49. Déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Rec.* 204.

50. Voir V. Champeil-Desplats, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Paris, Economica, 2001 ; N. Merley, « La non-consécration par le Conseil constitutionnel de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *Revue française de droit administratif*, n° 4, 2005, p. 621. Le Conseil constitutionnel a encore récemment rejeté l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République de « prohibition, exception et exclusivité en matière de jeux de hasard », déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *JORF*, 13 mai 2010, p. 8897.

51. V. Champeil-Desplats, « La déclaration des Droits de l'homme, source de principes implicites : la révolution permanente », in *Les Principes en droit*, S. Caudal (dir.), Paris, Economica, 2008, p. 161.

52. Voir V. Champeil-Desplats, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *L'architecture du droit. Mélanges offerts en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 267-281.

53. P. Joxe, *Cas de conscience*, p. 162.

54. Sur les circonstances de cet abandon, voir *ibid.*, p. 216 sq.

55. Déc. n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Rec.* 33.

56. Déc. n° 84-141 DC.

57. L. Favoreu et L. Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1999, p. 450.

58. Voir, par exemple, déc. n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Rec.* 360. En matière de contrôle de l'immigration, le Conseil rappelle à propos de la création d'un test ADN que « la sauvegarde de l'ordre public, [...] inclut la lutte contre la fraude ».

Pierre Mazeaud. À sa sortie du Conseil, celui-ci pouvait ainsi affirmer : « la tentation [...] est celle [...] d'un certain fondamentalisme des droits. Elle a été évitée en faisant preuve de retenue dans l'intensité du contrôle, en recherchant toujours un ancrage textuel, en prenant appui sur les droits étrangers et, surtout, en faisant toute sa place à l'intérêt général dans le système de valeurs constitutionnelles. À l'occasion, la jurisprudence des dernières années a fait prévaloir l'intérêt général sur une conception jusqu'au-boutiste des droits subjectifs »⁵⁹.

En troisième lieu, on relèvera une baisse tendancielle du nombre de déclarations d'inconstitutionnalité fondées sur des droits et libertés (hors considération ici de la première année du fonctionnement de la QPC). Le Conseil rappelle souvent à cet égard qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement. Mais l'effet de sa retenue sur les droits et les libertés est très différent selon que le législateur adopte ou pas une politique qui leur est favorable. Finalement, le Conseil constitutionnel préfère dorénavant prononcer des inconstitutionnalités sur des fondements techniques : usage inadéquat du droit d'amendement, cavaliers budgétaires ou sociaux, irrespect de la procédure législative, incompétence négative du législateur. À titre d'exemple, ce n'est pas sur un motif de fond mais sur la méconnaissance de l'étendue du droit d'amendement qu'il déclare contraires à la Constitution des dispositions législatives ouvrant la possibilité de procéder à des statistiques établies sur la base de données ethniques⁶⁰. En un sens, on pourrait se réjouir de la baisse tendancielle du nombre de censures fondées sur les droits et libertés. Elle pourrait être le signe d'une amélioration de la prise en compte par le législateur des exigences de la jurisprudence constitutionnelle. Mais l'appréciation sur les lois en question d'autres organes compétents en la matière ne semble pas porter à le penser.

B. Le test synchronique : moins ici qu'ailleurs ?

Le test synchronique permet de confronter les solutions retenues par le Conseil constitutionnel à celles d'autres institutions habilitées par un ordre juridique donné à émettre une décision normative ou un avis en matière de droits et libertés. Certaines décisions du Conseil constitutionnel se révèlent alors parfois en décalage avec les appréciations délivrées tant par des autorités administratives indépendantes spécialisées (1) qu'avec celles d'autres instances juridictionnelles (2).

1. Le Conseil constitutionnel et le miroir des autorités administratives indépendantes

À plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel n'a pas jugé bon de déclarer contraires à la Constitution des dispositions législatives qui avaient pourtant pu paraître critiquables à certaines autorités administratives indépendantes. Évoquons ici deux exemples.

Dans sa décision du 19 janvier 2006 sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme⁶¹, le Conseil constitutionnel ne déclare contraire à la Constitution qu'un article parce qu'il était issu d'un amendement « dépourvu de tout lien avec le projet de loi », et ces trois mots « et de réprimer ». En conférant une telle finalité à une procédure de réquisition des données techniques de connexion que devaient mettre en œuvre les agents de police et de gendarmerie, sans contrôle de l'autorité judiciaire, le législateur a en effet méconnu, selon le Conseil constitutionnel, le principe de séparation des pouvoirs. Pourtant, les auteurs de la saisine avaient invoqué à l'encontre de la loi de nombreuses atteintes portées à la liberté individuelle, à la vie privée ou au droit au recours. Surtout, lors des travaux préparatoires, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) avait exprimé une série de réserves sur les dispositions relatives à la vidéosurveillance sur les lieux publics, au contrôle des échanges téléphoniques et électroniques, à l'accès aux fichiers administratifs, à l'absence de définition des personnes offrant un accès Internet chargées de conserver la trace des données des connexions, à la lecture des plaques minéralogiques et à la systématisation des photographies des passagers de véhicules. Plus généralement, la CNIL redoutait que les dispositifs d'exception mobilisés pour la lutte contre le terrorisme ne se convertissent en moyen de contrôle de la vie ordinaire⁶², crainte partagée par la Commission nationale consultative des Droits de l'homme (CNCDH)⁶³. Finalement, si l'avis de la CNIL a été entendu sur la question de l'accès aux fichiers administratifs, il ne l'a été que dans une moindre mesure – voire absolument pas – sur d'autres points. S'agissant particulièrement de la lecture des plaques minéralogiques et de la photographie des passagers de véhicules, le Conseil constitutionnel n'a rien vu à redire à la loi. Selon une formule consacrée, il estime que « eu égard aux finalités que s'est assignées le législateur et à l'ensemble des garanties qu'il a prévues, les dispositions contestées sont propres à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée »⁶⁴.

59. P. Mazeaud, « 2, rue de Montpensier : un bilan », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 25, 2008, p. 27.

60. Déc. n° 2007-557 DC.

61. Déc. n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Rec.* 31.

62. Voir l'avis du 10 octobre 2005, <http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/deliberations/deliberation/delib/75/>.

63. Voir le rapport d'activité 2005, http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/CNCDH_Rapport_dactivite_2005.pdf, p. 56 sq.

64. *Ibid.*

La loi de novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile offre une deuxième illustration significative des écarts d'appréciation entre le Conseil constitutionnel et les autorités administratives indépendantes. La CNCDH avait, dans un avis du 20 septembre 2007⁶⁵, formulé de vives critiques sur l'ensemble du projet de loi. Ni le législateur, ni le Conseil constitutionnel n'en ont tenu franchement compte. Mais c'est surtout avec la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) que les divergences ont pris une tournure suffisamment particulière pour que celle-ci décide de ne rendre public son avis sur la loi qu'un mois après l'avoir délibéré⁶⁶. Son appréciation de la loi et de la décision du Conseil constitutionnel s'y rapportant n'a rien de complaisant. Après avoir rappelé que « par la décision du 15 novembre 2007⁶⁷, le Conseil constitutionnel a déclaré, sous certaines réserves d'interprétation concernant les tests ADN, la loi conforme à la Constitution », la HALDE affirme que « la décision de conformité de la loi à la Constitution ne retire en rien [sa] légitimité à se prononcer sur le texte de loi, notamment au regard des conventions internationales. Parmi les dispositions de cette loi, plusieurs sont donc susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire au regard des conventions internationales, alors même qu'elles ne sont pas contraires à la Constitution », ou – est-on porté à préciser – alors même qu'elles n'ont pas été considérées comme contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel. La HALDE n'estime alors pas moins de sept mesures contraires aux principes d'égalité et de non-discrimination énoncés dans la Convention européenne des Droits de l'homme ou dans la Convention internationale sur les droits de l'enfant. À propos tout particulièrement du dispositif très controversé des tests ADN visant à établir la filiation de l'enfant à l'égard de la mère lors des demandes de regroupement familial que le Conseil constitutionnel a validé sous réserve, la HALDE considère qu'il est « concrètement peu utile, stigmatise très fortement les candidats au regroupement familial, droit fondamental, et revêt un caractère discriminatoire ». Il porte en outre « une atteinte aux droits fondamentaux tels que le droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'homme »⁶⁸.

2. Les décisions du Conseil constitutionnel à la lumière d'autres jurisprudences

Les décisions du Conseil constitutionnel peuvent enfin être confrontées à celles retenues par d'autres juridictions. L'exercice laisse apparaître plusieurs contrastes, les uns tenant à la forme et aux effets des décisions, les autres tenant au fond.

a. Quant à la forme et aux effets

Tout d'abord, il devient commun de souligner combien les décisions des juridictions françaises, et celles du Conseil constitutionnel en premier chef, sont peu argumentées au regard de celles des juridictions étrangères ou des Cours européennes. Il suffit souvent au Conseil constitutionnel de citer le texte de la Constitution pour conclure que tel énoncé législatif y est ou non conforme. Patrick Wachsmann regrette, par exemple, à propos de la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, la faiblesse de l'argumentaire à l'issue duquel le Conseil constitutionnel admet la constitutionnalité de nombreuses dérogations à la procédure pénale de droit commun. « Il faut insister, nous dit-il, sur l'importance du contraste entre la jurisprudence ici examinée et celle de la Cour européenne des Droits de l'homme soumettant à un contrôle renforcé les dispositions nationales dérogatoires au droit commun ». Il poursuit : « il nous semble qu'aucune juridiction constitutionnelle en Europe ne se contenterait d'un examen aussi rapide »⁶⁹. Les premières décisions rendues dans le cadre de la QPC ne portent pas à modifier le constat⁷⁰.

Il est ensuite possible de s'interroger sur les conséquences du caractère abstrait du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel au regard de l'approche concrète que tend à adopter la Cour européenne des Droits de l'homme. Notons au passage, qu'en dépit des attentes, la QPC n'a jusqu'à présent pas grandement modifié sur ce point les habitudes du Conseil, certains évoquant même un contrôle « *a priori bis* »⁷¹. Certes, on sait qu'il y aurait matière à nuancer l'opposition entre ces deux types de contrôles, l'appréciation *in abstracto* n'interdisant pas d'envisager les effets singuliers d'une loi, l'appréciation *in concreto* présupposant souvent une montée en généralité du raisonnement pour résoudre le cas examiné⁷². Toutefois, entre les modalités de raisonnement mobilisées pour les deux formes de contrôle, les hiatus ne sont pas qu'hypothèse d'école. Les décisions relatives à

65. http://www.cncdh.fr/article.php?id_article=454.

66. Délibération n° 2007-370 du 17 décembre 2007, http://www.gisti.org/IMG/pdf/halde_2007-12-17_loi-hortefeufeu.pdf, rendue publique le 15 janvier 2008.

67. Déc. n° 2007-557 DC.

68. Délibération n° 2007-370 DC.

69. P. Wachsmann, « Des chameaux et des moustiques... », p. 283.

70. En ce sens, voir F. Rolin, « Pour un "discours de la méthode" du contrôle de constitutionnalité par voies d'exception », *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 2010, p. 2386 : « La majeure partie des décisions rendues dans le cadre de l'exception d'inconstitutionnalité présente cette caractéristique d'être rédigées plus encore que l'ordinaire, dans un style lapidaire qui interdit aussi bien de comprendre les fondements de la solution rendue que d'en mesurer la portée ».

71. Voir, par exemple, X. Magnon, « La QPC, beaucoup de bruit pour quoi ? », *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 2010, p. 1673.

72. Voir sur ce point, F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, 30^e édition, Paris, LGDJ, 2007, p. 72.

l'hospitalisation d'office en fournissent un avant-goût. Tandis que la Cour européenne des Droits de l'homme admet que, dans son principe, la répartition du contentieux entre deux ordres de juridiction n'est pas contraire à la Convention européenne des Droits de l'homme – appréciation dont saura se saisir quelques jours plus tard le Conseil constitutionnel pour déclarer la constitutionnalité du dispositif⁷³ –, elle condamne toutefois la France sur le cas d'espèce. Elle considère en effet que « les actes successifs fondant la privation de libertés du requérant ont été annulés par les juges administratifs, sans que jamais l'intéressé n'obtienne une décision des tribunaux judiciaires mettant fin à la mesure d'hospitalisation »⁷⁴. Mais des écarts d'appréciation pourraient s'affirmer plus franchement encore dans des cas où des dispositions législatives, évaluées sur un mode abstrait, seraient considérées conformes à la Constitution par le Conseil, mais contraires à la Convention européenne des Droits de l'homme par la Cour ou par des juridictions « ordinaires » françaises en portant attention aux effets produits. Certains ont, en ce sens, pu émettre des doutes sur la déclaration de constitutionnalité des articles 9 et 961 de la loi du 5 juillet 2000 qui donnent pouvoir au préfet d'ordonner l'évacuation des gens du voyage sans intervention du juge. Comme le souligne Emmanuel Aubin, « le Conseil n'a même pas émis une réserve d'interprétation et fait totalement abstraction du décalage pouvant exister entre les normes contestées et leur application sur le terrain, alors même que le contrôle s'effectue sur une loi appliquée dont on connaît les travers et les limites »⁷⁵.

Enfin, l'institutionnalisation de la modulation des effets dans le temps d'une déclaration d'inconstitutionnalité peut également laisser songeur. Pour des raisons de sécurité juridique ou d'ordre public, le Conseil peut en effet décider que des dispositions législatives déclarées contraires à des droits et libertés constitutionnels restent en vigueur pendant une durée assez longue : 11 mois par exemple pour la procédure de garde à vue, 10 mois pour la prolongation d'une hospitalisation d'office au-delà de 15 jours sans intervention du juge judiciaire⁷⁶. Ce procédé rend ainsi un singulier hommage à l'hypothèse théorique très débattue de l'existence, dans les ordres juridiques, de normes contraires à la Constitution⁷⁷. Plus prosaïquement, s'agissant du cas des gardes à vue, certains estiment que le maintien pendant 11 mois de la procédure contestée signifie « en pratique [...] que plus de 700 000 mesures privatives de liberté seront réalisées sur le fondement de ces

dispositions législatives inconstitutionnelles – qui pourront être systématiquement contestées sur le terrain de la Convention EDH »⁷⁸.

b. Quant au fond

Le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont pendant longtemps pris le parti de minimiser leurs divergences pour ne laisser paraître que leurs « dialogues ». Mais l'instauration de la QPC a réveillé quelques tensions. La Cour de cassation s'est notamment saisie de la nouvelle procédure pour montrer ses distances vis-à-vis du Conseil constitutionnel, en utilisant au besoin les Cours européennes.

Chacun garde ainsi à l'esprit la « saga »⁷⁹ de l'été 2010 sur la portée du caractère prioritaire de la QPC au regard de la primauté du droit de l'Union européenne. Mais la Cour de cassation n'interrogeait pas seulement la Cour de justice de l'Union européenne sur la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union⁸⁰, elle lui demandait également de se prononcer sur l'alinéa 4 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale qui fixe les conditions des contrôles d'identité réalisés à l'intérieur et au-delà de la bande « Schengen » de 20 km mesurée à partir des frontières terrestres. La Cour de Justice estime les dispositions en cause contraires au droit de l'Union au motif qu'elles autorisent « des contrôles indépendamment du comportement de la personne concernée et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, ne contient ni précisions ni limitations de la compétence ainsi accordée, notamment relatives à l'intensité et à la fréquence des contrôles pouvant être effectués sur cette base juridique [...] »⁸¹.

Or, ce faisant, la Cour de Justice recourt à un mode de raisonnement similaire à celui qu'avait utilisé le Conseil constitutionnel dans une décision du 5 août 1993 pour déclarer contraires à la liberté individuelle les conditions des contrôles d'identité qui devaient être effectués dans une bande de 40 km... raisonnement que ce dernier n'avait toutefois pas remobilisé lors de son contrôle de la loi dont sont issues les dispositions déclarées contraires au droit de l'Union par la Cour de Justice⁸² !

Quelques mois plus tard, c'est la question de la garde à vue qui donne une nouvelle occasion à la Cour de cassation de rivaliser avec le Conseil constitutionnel en matière de droits et libertés. Alors que dans sa décision

73. Déc. n° 2010-71 QPC.

74. CEDH, 18 novembre 2010, *Baudoin contre France*.

75. E. Aubin, « L'évacuation forcée des gens du voyage : une décision QPC tombant de Charybde en Scylla », *L'Actualité juridique. Droit administratif*, n° 41, 2010, p. 2324.

76. Déc. n° 2010-14/22 QPC ; n° 2010-71 QPC.

77. R. Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2010, p. 68 sq.

78. P. Cassia, « Les gardes à vue "particulières" ne sont plus conformes à la Constitution », *Dalloz*, n° 30, 2010, p. 1949.

79. G. Clamour, J.-C. Ricci et J. Trémeau, « La question prioritaire de constitutionnalité : chronique d'une saga... », *L'Actualité juridique. Droit administratif*, n° 32, 2010, p. 1901.

80. Cass. 16 avril 2010, n° 10-40.001 [QPC], *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 2010, p. 1023.

81. CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, affaires C-188/10 et C-189/10.

82. Déc. n° 2005-532 DC. Pour une prédiction de la décision de la Cour, voir F. Rolin et S. Slama, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 2006, p. 978.

du 30 juillet 2010, le Conseil déclarait contraire aux droits de la défense l'absence d'assistance effective d'un avocat dès le début du placement en garde à vue dans le cadre des procédures ordinaires, il refusait de se prononcer sur les procédures particulières prévues pour les infractions relevant du terrorisme et de la criminalité organisée au motif qu'il les avait déjà déclarées conformes à la Constitution et qu'aucun changement de circonstance ne justifiait un réexamen⁸³. Saisie de recours sur ce type de gardes à vue, la chambre criminelle de la Cour de cassation, pour sa part, n'hésite pas, quelques mois plus tard, à les déclarer contraires à l'article 6 § 3 de la Convention européenne des Droits de l'homme⁸⁴.

Si les cas évoqués mettent aux prises le Conseil constitutionnel et les Cours européennes via la Cour de cassation, des cas de discordances peuvent aussi jaillir sans cet intermédiaire. Bien que certains membres puissent s'enorgueillir⁸⁵ de ce que deux dispositions législatives seulement – toutes deux en matière de validation législative –, déclarées constitutionnelles par le Conseil, aient été considérées contraires à la Convention européenne des Droits de l'homme par la Cour⁸⁶, d'autres divergences apparaissent dès lors que l'on prête attention non plus seulement aux décisions portant sur des dispositions législatives identiques, mais aux orientations jurisprudentielles. Le statut du parquet en offre aujourd'hui l'illustration la plus sensible. Tandis que le Conseil constitutionnel a toujours considéré le parquet comme une autorité judiciaire⁸⁷, la Cour européenne des Droits de l'homme affirme le contraire⁸⁸ : la subordination des juges du parquet à la Chancellerie ne confère pas à ces derniers l'indépendance nécessaire pour être qualifiés d'autorité judiciaire au titre de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des Droits de l'homme⁸⁹. La chambre criminelle de la Cour de cassation elle-même n'a pas manqué de se ranger à cette position⁹⁰.

On évoquera enfin, au titre des conflits potentiels, la loi du 11 octobre 2010 qui interdit la dissimulation du visage dans l'espace public. Le Conseil constitutionnel conclut à la constitutionnalité de la loi en estimant « qu'en égard aux objectifs qu'il s'est assignés et compte tenu de la nature de la peine instituée en cas de méconnaissance

de la règle fixée par lui, le législateur a adopté des dispositions qui assurent, entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée »⁹¹.

Mais reste à se demander si la Cour européenne des Droits de l'homme partagera la même appréciation de la proportionnalité de l'atteinte portée aux libertés. La mise en perspective de ces divergences présente le risque de provoquer un effet grossissant. Or, la proportion des décisions du Conseil constitutionnel qui s'écartent de l'appréciation d'autres institutions en matière de droits et libertés reste sans doute moindre que celle des appréciations convergentes. Une des raisons tient à ce qu'en la matière, comme dans de nombreuses autres, les acteurs s'observent, interagissent et jouent autant que nécessaire la carte de la coopération. Mais les divergences restent possibles et existent. C'est cette existence même qui sert ici de révélateur de ce que le Conseil constitutionnel n'opère pas, en toutes circonstances, un niveau de protection optimale des droits et libertés ou, à tout le moins, s'en tient à un niveau moindre de ce qui paraît possible à d'autres institutions.

L'image que s'est bâtie dans les années 1970 le Conseil constitutionnel pour s'imposer dans le paysage institutionnel français a connu de nombreuses évolutions. Le constituant a choisi le moment où une partie de la doctrine commençait sérieusement à s'interroger sur le rôle protecteur des droits et libertés du Conseil pour le consacrer en créant une nouvelle procédure de contrôle de constitutionnalité. Celle-ci suffira-t-elle pour donner un nouveau visage au Conseil constitutionnel ? Il est sans doute encore trop tôt pour le dire. Car ce qui semble certain est que ni la hausse quantitative des décisions rendues, ni la mission confiée par un texte – fût-il de rang constitutionnel –, ne sont des paramètres suffisants pour se prononcer sur le sens de l'action du Conseil constitutionnel à l'égard des droits et libertés. Celui-ci dépend de facteurs multiples et complexes qui confèrent une part variable au volontarisme qui porte des politiques jurisprudentielles et institutionnelles souhaitées par la

83. Déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

84. Cass. crim., 19 octobre 2010 (10-82.902). Certains avaient pu émettre des doutes sur le refus du Conseil constitutionnel de réexaminer les gardes à vue particulières dès les jours suivants la décision, voir P. Cassia, « Les gardes à vue "particulières"... ».

85. D. Schnapper, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, p. 343.

86. CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinsky, Pradal, Gonzales c. France*, versus déc. n° 93-332, 13 janvier 1994, *Rec.* 21 ; CEDH, 14 février 2006, *Lecarpentier c. France*, req. 67847/01 versus déc. n° 96-375 DC du 9 avril 1996, *Rec.* 60.

87. Le Conseil constitutionnel l'a encore rappelé dans la décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 et dans celle n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-62-qpc/decision-n-2010-62-qpc-du-17-decembre-2010.51552.html>.

88. CEDH, Grande Chambre, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. 37104/6.

89. CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, req. 37104/6.

90. Cass. crim., 15 décembre 2010, (10-83.674).

91. Déc. n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *JORF*, 12 octobre 2010, p. 18345.

majorité des membres du Conseil à un moment donné, et les faisceaux de contraintes auxquels celle-ci se plie. La détermination de ces facteurs, leurs variations et leurs

évolutions, remettent régulièrement à l'ouvrage ceux qui souhaiteraient les appréhender.

Paris, le 30 décembre 2010