Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les « droits et libertés que la Constitution garantit »

Marie-Joëlle Redor-Fichot

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/5405>

DOI : 10.4000/crdf.5405

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 décembre 2011

Pagination : 41-53

ISBN : 978-2-84133-396-7

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Marie-Joëlle Redor-Fichot, « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les « droits et libertés que la Constitution garantit » », *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/5405> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.5405>

Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les « droits et libertés que la Constitution garantit »

Marie-Joëlle REDOR-FICHOT

Professeure de droit public à l'Université de Caen Basse-Normandie

Directrice du Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED)

I. L'autonomie relative des choix opérés par le Conseil constitutionnel

A. L'autonomie du Conseil à l'égard de la jurisprudence administrative

1. Une démarche différente de celle du juge administratif
2. Des interactions possibles

B. La faible autonomie des choix du Conseil constitutionnel à l'égard du droit européen

1. L'interprétation du texte constitutionnel sous l'influence de la Cour européenne des Droits de l'homme
2. Un contrôle sous l'influence du droit de l'Union européenne

II. Les ambiguïtés des solutions retenues

A. Des critères non explicités

1. L'identification des droits et libertés au sein des normes constitutionnelles
2. Choix ambigus et motivation sommaire

B. Une portée incertaine des qualifications négatives

1. Les incertitudes attachées à l'exclusion des objectifs de valeur constitutionnelle
2. La portée des exclusions partielles

Avec l'instauration de la question préjudicielle de constitutionnalité, le Constituant français de 2008 a enfin choisi de mettre en place un contrôle de constitutionnalité des dispositions législatives déjà promulguées dans le but explicite de mieux protéger les droits et libertés des gouvernés. Si le système juridique français de contrôle de constitutionnalité s'est ainsi rapproché de ses homologues européens, il s'en démarque encore de façon importante non seulement parce que la Constitution maintient le contrôle préventif des lois sur saisine de certaines autorités, mais surtout parce que le contrôle *a posteriori* qui est mis en place est un contrôle sur renvoi d'une des juridictions suprêmes et qu'il est limité aux dispositions législatives contraires aux « droits et

libertés que la Constitution garantit ». La comparaison de la Constitution française révisée avec les Constitutions allemande et espagnole notamment révèle sur ce point une forte réticence à l'encontre de l'extension des compétences du Conseil constitutionnel. Dans ces deux États en effet, les cours constitutionnelles sont habilitées à examiner la constitutionnalité des lois sur saisine directe de certaines autorités, à statuer sur les questions préjudicielles que leur renvoient les tribunaux ordinaires à l'encontre de tout problème de constitutionnalité de la loi, mais aussi à statuer sur les recours directs de particuliers victimes d'une atteinte inconstitutionnelle à leurs droits et libertés par un acte quelconque de la puissance publique, en particulier par une sentence

juridictionnelle¹. L'article 61-1 de la Constitution de la V^e République ne permet, au contraire, ni aux tribunaux de renvoyer une question préjudicielle sur toute question de constitutionnalité de la loi, ni aux justiciables de saisir directement le Conseil en cas d'atteinte à leurs droits et libertés par la puissance publique.

Le Constituant français, en revanche, a défini de manière large le champ des normes de référence de ce nouveau contrôle tout en laissant le soin au juge constitutionnel de le délimiter précisément. L'article 61-1 se contente en effet de cantonner le contrôle aux « droits et libertés que la Constitution garantit », là où d'autres États procèdent par renvoi à certains articles seulement de la Constitution permettant ainsi d'énumérer restrictivement les droits et libertés concernés². L'examen de la jurisprudence constitutionnelle étrangère révèle certes que les cours ne se considèrent pas toujours comme totalement liées par le choix constitutionnel des normes de référence; il n'en reste pas moins que le champ des droits et libertés garantis par le recours au juge est *a priori* identifié par le texte constitutionnel, ce qui n'est pas véritablement le cas en France.

Pour connaître précisément le champ des droits et libertés susceptibles d'être invoqués en France à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité, il convient par conséquent de se référer à la jurisprudence constitutionnelle dont nous disposons à ce jour³, même si celle-ci est évidemment tributaire des affaires dont le Conseil a jusqu'ici été saisi.

Sur 93 décisions rendues au fond⁴ entre le 28 mai 2010 et le 10 avril 2011, il est possible de tirer quelques enseignements non seulement quant aux normes de référence invoquées par les requérants, mais surtout quant à celles qui sont admises, ou refusées, par le Conseil à l'appui d'un recours fondé sur l'article 61-1.

Sans surprise, la source la plus sollicitée par les requérants est celle du préambule, et au sein de ce dernier la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen. Le Conseil a ainsi examiné dans près de la moitié des cas le grief d'atteinte au principe d'égalité soit devant la loi⁵, soit devant les charges publiques⁶. L'article 16 de la Déclaration de 1789 est ensuite le plus fréquemment examiné⁷, et recouvre un champ large de droits et libertés consacrés par le Conseil: séparation des pouvoirs et garantie des droits, protection contre les atteintes aux situations légalement acquises, droit au recours effectif, égalité devant la justice, droits de la défense impliquant le respect d'une procédure juste et équitable, indépendance et impartialité des juridictions. Les articles de la Déclaration relatifs à la procédure pénale sont, eux aussi, très sollicités – qu'il s'agisse de l'article 8 ou des articles 9 et 7⁸. Concernant les droits substantiels, c'est le droit de propriété qui est le plus souvent invoqué⁹; les articles 2 et 4¹⁰ permettent de décliner, quant à eux, différents aspects de la liberté personnelle avec la liberté d'aller et venir¹¹, le respect de la vie privée¹², la liberté du mariage¹³, le consentement aux soins¹⁴, mais aussi d'invoquer la liberté d'entreprendre¹⁵ et la liberté contractuelle¹⁶.

S'il est clair que la Déclaration de 1789 constitue à ce jour la source principale des droits et libertés invoqués et examinés dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité (ci-après « QPC »), elle n'est cependant pas la seule. Le Conseil a en effet accepté d'examiner des droits et libertés issus du préambule de la Constitution de 1946: qu'il s'agisse de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (liberté d'association¹⁷, indépendance des enseignants chercheurs¹⁸), du principe de dignité de la personne humaine¹⁹ et d'inviolabilité du corps humain²⁰, ou des principes particulièrement nécessaires à notre temps (liberté syndicale²¹, droit de participation

1. Voir les articles 161, 162 et 163 de la Constitution espagnole du 29 décembre 1978, et les articles 93 et 100 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949.
2. Voir, par exemple, pour l'Espagne l'article 53 § 2 de la Constitution auquel renvoie l'article 161 § 1 b, et pour l'Allemagne, voir l'article 93 al. 1, n° 4a de la Constitution.
3. Au 20 avril 2011.
4. En excluant donc les non-lieux à statuer.
5. L'article 6 de la Déclaration est examiné dans 35 décisions.
6. L'article 13 de la Déclaration est examiné dans 16 décisions.
7. L'article 16 est examiné dans 31 décisions.
8. L'article 8 est examiné dans 21 décisions, les articles 9 et 7 dans respectivement 12 et 4 décisions.
9. L'article 17 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen est invoqué dans 13 décisions.
10. La conformité de la loi à l'article 4 a également été examinée au titre de la responsabilité pour faute dans la déc. n° 118 QPC du 8 avril 2011, *Michel Z et autres*.
11. Déc. n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *Orient O. et autres*, et 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Danielle S.*
12. Déc. n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *Jean-Victor C.*, et 2010-71.
13. Déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Corinne C.*
14. Déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Danielle S.*
15. Déc. n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *Mathieu P.*, 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *Rachid M. et autres*, 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, *Société Chaud Colatine*, 2010-69 QPC du 26 novembre 2010, *Claude F.*, 2010-73 QPC du 3 décembre 2010, *Société Zeturf*.
16. Déc. n° 2010-69 QPC du 26 novembre 2010, *Claude F.*
17. Déc. n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*.
18. Déc. n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, *Jean C. et autres*.
19. Déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *Daniel W.*, 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *Jean-Victor C.*, 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Danielle S.*
20. Déc. n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *Jean-Victor C.*
21. Déc. n° 2010-42 du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres*, 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010, *Fédération nationale CFTC des syndicats de la métallurgie*, 2010-68 du 19 novembre 2010, *Syndicat des médecins d'Aix et région*.

des travailleurs à la gestion des entreprises²², droit à l'emploi²³, droit à une vie familiale normale²⁴, protection de la santé²⁵). Il a de même accepté d'examiner la loi au regard des articles 1 à 4 de la Charte de l'environnement dans une décision rendue le 8 avril 2011²⁶. Le corps de la Constitution a, lui aussi, fourni son contingent de droits invoqués au titre de la QPC. Qu'il s'agisse de l'article 66²⁷, de l'article 1^{er} de la Constitution²⁸, voire de l'article 3 (souveraineté nationale)²⁹, ou plus souvent du titre XII relatif aux collectivités territoriales, le Conseil a été conduit à se pencher sur la qualification des droits invoqués comme relevant ou non du champ de la QPC. Le Conseil constitutionnel a ainsi admis que la libre administration des collectivités locales faisait bien partie de ces droits justiciables de la QPC³⁰, incluant d'ailleurs le principe de leur autonomie financière³¹, mais il a rejeté, en revanche, l'invoque des articles 72-1 alinéa 3 et 72-2 alinéa 5 comme ne pouvant pas entrer dans ce cadre³².

L'examen de cette jurisprudence constitutionnelle atteste de la rareté des refus du Conseil constitutionnel de qualifier une norme invoquée comme porteuse d'un droit ou d'une liberté justiciable de la QPC. À ce jour, n'ont fait l'objet d'un tel refus explicite de la part du Conseil que l'article 88-1 de la Constitution³³, la procédure d'adoption de la loi³⁴, l'article 14 de la Déclaration des droits relatif au consentement à l'impôt³⁵, les articles 72-1 alinéa 3 et 72-2 alinéa 5 de la Constitution, l'article 34 partiellement³⁶, ainsi que plusieurs objectifs de valeur constitutionnelle (intelligibilité de la loi³⁷, pluralisme hors médias et partis politiques³⁸, bonne administration de la justice³⁹). Dans certaines décisions, le Conseil évite de se prononcer clairement sur l'invocabilité de la norme constitutionnelle

qui lui est présentée. C'est notamment le cas de l'article 3 de la Constitution concernant le principe de la souveraineté nationale⁴⁰ et celui des objectifs de valeur constitutionnelle⁴¹. Ces refus et ces hésitations interpellent quant aux raisons qui ont guidé le Conseil constitutionnel dans le choix de retenir ou non telle norme comme invocable au titre de la QPC. Or le Conseil est peu prolixe sur ce point. Il est donc nécessaire de se pencher sur la manière dont le juge procède et sur ce qui peut influencer les choix qu'il effectue. Si le texte constitutionnel lui laisse une large autonomie quant à l'identification des droits et libertés qu'il garantit, cette autonomie reste néanmoins relative du fait du contexte juridictionnel dans lequel il intervient (I). Ce contexte permet en partie de comprendre pourquoi les choix opérés par le juge apparaissent souvent ambigus ou incertains et sans doute encore largement ouverts (II).

I. L'autonomie relative des choix opérés par le Conseil constitutionnel

S'agissant des droits et libertés susceptibles d'être retenus au titre de la QPC, le Conseil constitutionnel se trouve dans une situation relativement proche de celle du juge administratif confronté à la détermination des libertés fondamentales invocables dans le cadre du référé-liberté. Dans les deux cas en effet, les textes ne donnent ni définition, ni liste des droits et libertés concernés; il appartient dès lors au juge de les identifier au fil des affaires qui lui sont soumises. Là semble devoir s'arrêter cependant l'analogie car la démarche du juge constitutionnel, fondée sur l'article 61-1 de la Constitution, est nécessairement

22. Déc. n° 2010-42, 2010-63/64/65, et 2010-91 QPC du 28 janvier 2011, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux*.

23. Déc. n° 2010-98 QPC du 4 février 2011, *Jacques N.*, 2011-119 QPC du 1^{er} avril 2011, *Denise R. et autres*.

24. Déc. n° 2010-35 QPC du 6 octobre 2010, *Isabelle D. et Isabelle B.*, 2010-992 QPC du 28 janvier 2011, *Corinne C.*

25. Déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Danielle S.* Il faut cependant remarquer que, dans cette décision, l'alinéa 11 n'est pas invoqué par la requérante mais utilisé par le Conseil pour statuer sur la constitutionnalité de l'hospitalisation sans consentement: « il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ».

26. Déc. n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *Michel Z. et autre*.

27. Déc. n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Époux P. et autres*, 2010-25 du 16 septembre 2010, *Jean-Victor C.*, 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *Bulent A.*, 2010-71 du 26 novembre 2010, *Danielle S.*, 2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, *Région Centre*, 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, *Michel F.*

28. Déc. n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *Orient O. et autre*.

29. Déc. n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*. Le Conseil ne se prononce cependant pas sur l'appartenance de la souveraineté nationale à la catégorie des droits et libertés: « en tout état de cause, la décision de procéder à la fusion de communes à la suite d'une consultation des électeurs ne met en cause ni la définition de la souveraineté nationale ni les conditions de son exercice ».

30. Voir notamment les déc. n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*, 2010-56 QPC du 18 octobre 2010, *Département du Val-de-Marne*, 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon*.

31. Déc. n° 2011-109 QPC du 25 mars 2011, *Département des Côtes-d'Armor*.

32. Déc. n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque* pour l'art. 72-1 al. 3, et 2010-29/37 du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon* pour l'art. 72-2 al. 5.

33. Cette question a été résolue par le Conseil dès le 12 mai 2010 dans la déc. n° 605 DC, *Loi relative aux jeux d'argent et de hasard en ligne*.

34. Déc. n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *Alain C. et autres*.

35. Déc. n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*, et 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Époux P.*

36. Déc. n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*.

37. Déc. n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *Alain C. et autres*.

38. Déc. n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*.

39. Déc. n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010, *Barta Z.*

40. Voir la déc. n° 2010-12 QPC, *Commune de Dunkerque*.

41. Voir *infra*.

indépendante des qualifications opérées par le juge administratif dans le cadre du référé-liberté fondamentale ou de recours en annulation dirigés contre l'administration (A). À première vue, le Conseil n'a pas davantage à tenir compte des droits et libertés retenus par la Convention européenne des Droits de l'homme telle que la Cour européenne l'interprète ni de ceux garantis par le droit de l'Union européenne. Son office est, en effet, limité à la protection des droits et libertés que la *Constitution* garantit. Mais les choix qu'il effectue sont ici éminemment tributaires de l'existence d'un droit européen des libertés particulièrement développé et de la place particulière dévolue par la Constitution au droit de l'Union (B).

A. L'autonomie du Conseil à l'égard de la jurisprudence administrative

La jurisprudence dont nous disposons à ce jour montre que le Conseil constitutionnel retient une conception relativement large des droits et libertés garantis par la Constitution. La liste des droits susceptibles d'être invoqués dans le cadre de la QPC est en effet plus large à certains égards que celle retenue par le juge administratif dans le cadre du référé-liberté fondamentale. Cette divergence s'explique par la situation différente des deux juges (1), mais il n'est pas dit que la jurisprudence du Conseil constitutionnel reste sans incidence sur celle du référé-liberté fondamentale, et inversement (2).

1. Une démarche différente de celle du juge administratif

La démarche des deux juges diffère à la fois parce que la nature du contentieux de la QPC et celle du référé-liberté fondamentale ne sont pas les mêmes, et parce que les sources des normes susceptibles d'être retenues pour le contrôle ne sont pas non plus identiques.

En ce qui concerne la nature du contentieux d'abord, l'examen de la QPC se présente comme un contentieux objectif puisqu'il s'agit de statuer sur la conformité de la disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit sans égard en principe à la demande du requérant : le Conseil constitutionnel se contente de vérifier la conformité de la loi à la Constitution sans se préoccuper d'attribuer telle réparation ou tel droit au requérant. Dans le cas du référé-liberté au contraire, le requérant demande au juge administratif de prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde de la liberté en cause, ce qui pourrait conduire le juge à ordonner à l'administration d'accorder une prestation à l'administré. Le juge est ici confronté directement au requérant qui peut lui

demander, par exemple, d'enjoindre à l'administration de lui accorder des conditions d'accueil décentes en attendant le traitement de sa demande d'asile⁴². Le référé-liberté n'est donc pas ce que l'on pourrait appeler un contentieux purement objectif, même si l'une des conditions du référé concerne l'illégalité de l'atteinte portée à la liberté. Le juge administratif est en outre conduit à statuer sur un comportement précis de l'administration alors que le Conseil constitutionnel est juge de la conformité de la loi (générale) à une norme constitutionnelle. Dans le cas de la QPC, le Conseil reste donc confiné à la confrontation de deux normes générales. Contentieux purement normatif dans un cas, contentieux plus nettement subjectif dans l'autre, cette différence peut jouer en faveur de la reconnaissance plus aisée de la mise en cause d'un droit ou d'une liberté s'agissant du contentieux normatif que dans le référé-liberté. La précision de la norme constitutionnelle, en effet, n'est pas essentielle dans le cadre de la QPC, alors qu'elle semble l'être pour le juge administratif appelé à ordonner des mesures concrètes pour la sauvegarde de la liberté atteinte. En d'autres termes, là où le juge administratif semble limiter la qualification de liberté fondamentale aux seuls droits subjectifs, le Conseil constitutionnel n'a aucune raison de limiter son examen aux seuls cas de contrariété entre la loi et une norme constitutionnelle précise.

Le Conseil a ainsi pu admettre de confronter une disposition législative au droit à l'emploi, ou au principe d'égalité, là où le Conseil d'État refuse de considérer ces droit ou principe comme des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (CJA) : ainsi dans une ordonnance de référé rendue le 26 juin 2003, le Conseil d'État a-t-il estimé que « si certaines discriminations peuvent, eu égard aux motifs qui les inspirent, constituer des atteintes à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA, la méconnaissance du principe d'égalité ne révèle pas, par elle-même, une telle atteinte »⁴³. C'est donc l'existence d'un motif précis de discrimination prohibé, et non une inégalité injustifiée, qui peut constituer cette atteinte à une liberté fondamentale. La crainte d'une explosion du contentieux du référé-liberté a vraisemblablement conduit le juge administratif à adopter cette solution restrictive, difficilement justifiable par ailleurs. Ce qui semble devoir constituer une liberté fondamentale aux yeux du juge des référés, c'est la liberté de n'être pas discriminé en raison de sa religion, de sa race ou de son origine ethnique, de ses opinions, son âge, son sexe, ou vraisemblablement de tout autre motif prohibé par la loi. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, accepte d'examiner tout moyen fondé sur une rupture d'égalité devant la loi ou devant les charges publiques quel qu'en soit le motif. En d'autres termes, la

42. CE ord., 23 mars 2009, *Ministre de l'Immigration*, req. n° 325884.

43. CE ord., 26 juin 2003, *Conseil départemental des parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle*, req. n° 257938 ; voir également CE sect. 28 février 2001, *Robert X*. s'agissant du droit à l'emploi invoqué par le requérant.

liberté de n'être pas traité différemment des autres sans justification objective et raisonnable ne constitue pas une liberté fondamentale au sens du référé-liberté, mais constitue un droit garanti par la Constitution et protégé par la QPC. En outre, lorsque le juge administratif est conduit à qualifier une liberté de fondamentale au sens du référé-liberté, il le fait au regard des garanties que le législateur a pu apporter à un droit d'exiger prescrit par la Constitution. Face à un énoncé constitutionnel vague non mis en œuvre par la loi, il refusera de lui faire produire des effets concrets et donc de qualifier le droit qu'il porte de liberté fondamentale. Le Conseil constitutionnel étant, quant à lui, saisi de la conformité de la loi à la Constitution ne se trouve pas dans la même situation contentieuse et peut directement confronter les deux normes quel que soit leur degré de précision.

La seconde différence entre les deux contentieux réside dans le fait que le Conseil constitutionnel doit statuer sur la loi au regard des seuls droits et libertés constitutionnels, alors que le juge administratif doit statuer sur un comportement de l'administration à l'égard des libertés fondamentales, quelle que soit la source de ces dernières. Cette différence de situation pourrait logiquement se traduire par un nombre plus important de libertés fondamentales que de droits et libertés garantis au titre de la QPC. Le juge administratif a ainsi consacré des libertés sur le fondement, semble-t-il, de simples dispositions législatives : ainsi le libre consentement aux soins médicaux fondé sur les dispositions du Code de la santé publique, ou le pluralisme des courants d'expression socioculturels résultant de la loi du 30 septembre 1986 relative à la communication audiovisuelle plutôt que de l'objectif de valeur constitutionnelle énoncé par le Conseil. Mais ces droits et libertés semblent aujourd'hui pouvoir être protégés au titre de la QPC soit à travers la liberté personnelle fondée sur les articles 2 et 4 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen⁴⁴ s'agissant du consentement aux soins, soit par le biais des articles 4 et 34 de la Constitution tels qu'ils ont été modifiés par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 pour le pluralisme dans les médias ou le domaine politique⁴⁵.

Ces deux exemples illustrent la possibilité d'interactions entre les deux procédures.

2. Des interactions possibles

Deux sortes d'interactions sont envisageables : on peut imaginer d'abord une possible incidence de la jurisprudence constitutionnelle en matière de QPC sur la jurisprudence administrative et notamment sur la qualification d'un droit comme liberté fondamentale dans le contentieux du référé-liberté ; on peut également imaginer que la jurisprudence administrative ne soit pas sans influencer sur celle du Conseil constitutionnel.

S'agissant de la première hypothèse, et malgré les différences de nature des contentieux, on peut se demander si la mise en place de la QPC n'a pas contribué à précipiter l'évolution de la jurisprudence du référé-liberté dans le sens d'une extension de la catégorie des libertés fondamentales à des droits d'exiger tels que le droit à l'instruction⁴⁶ ou le droit d'obtenir des conditions d'accueil décentes dans le cadre du droit d'asile. On peut aussi se demander si le sort du principe d'égalité dans la jurisprudence du référé-liberté n'est pas susceptible d'évoluer. On ne voit pas en effet ce qui peut justifier les restrictions apportées par le Conseil d'État en la matière, et cela d'autant moins que le requérant peut désormais poser une QPC dans le cadre du référé-liberté⁴⁷. En maintenant sa jurisprudence actuelle, le juge administratif serait conduit à refuser d'examiner l'atteinte portée au principe d'égalité en dehors de certains motifs de discrimination, alors qu'il pourrait renvoyer au Conseil constitutionnel le soin de statuer sur la loi applicable au litige au regard du principe d'égalité conçu plus largement. La confrontation des procédures pose le problème de la cohérence de ces jurisprudences discordantes. Le sort du droit à l'environnement au titre du référé-liberté semble à première vue conforté par la décision du Conseil constitutionnel rendue le 8 avril 2011. Comme le souligne en effet le commentaire aux *Cahiers*, « une invocabilité directe et un "effet horizontal", c'est-à-dire dans les rapports entre particuliers, sont ainsi expressément reconnus à ces deux dispositions de la Charte de l'environnement dont la formulation, en termes généraux, ne sollicite pas l'intermédiation de la loi »⁴⁸.

Dès lors, il est vraisemblable que le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux

44. Voir la déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Danielle S.*, considérant n° 32 : « Considérant, en second lieu, que le législateur a estimé qu'une personne atteinte de troubles mentaux qui soit rendre impossible son consentement alors que son état impose une surveillance constante en milieu hospitalier, soit font que cette personne compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, ne peut s'opposer aux soins médicaux que ces troubles requièrent ; qu'en tout état de cause, les garanties encadrant l'hospitalisation sans consentement permettent que l'avis de la personne sur son traitement soit pris en considération ; que, dans ces conditions, en adoptant les dispositions déferées, le législateur a pris des mesures assurant, entre la protection de la santé et la protection de l'ordre public, d'une part, et la liberté personnelle, protégée par l'article 2 de la Déclaration de 1789, d'autre part, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée » (l'incise « en tout état de cause » laisse planer un doute sur l'existence d'une liberté constitutionnelle de consentement aux soins médicaux garantie au titre de la liberté personnelle).

45. Déc. n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe* s'agissant du pluralisme.

46. CE ord., 15 décembre 2010, *Ministre de l'Éducation nationale*, req. n° 344729.

47. CE ord., 16 juin 2010, *Mme D.*, req. n° 340250, *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 1662.

48. Déc. n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *Michel Z. et autre*, et commentaire aux *Cahiers du conseil constitutionnel*. Sur le fond cependant, cette décision réduit considérablement la portée de l'article 1^{er} de la Charte en ce qu'elle admet que des activités polluantes s'exercent sans même que les riverains puissent obtenir réparation des nuisances qu'elles causent auprès de leurs auteurs.

de la santé puisse être explicitement admis au rang de liberté fondamentale par le Conseil d'État, les hésitations du juge des référés en la matière n'ayant plus lieu d'être⁴⁹.

Quant à la seconde hypothèse, celle de l'influence de la jurisprudence administrative sur celle du Conseil constitutionnel, elle semble à première vue moins vraisemblable car le Conseil a logiquement la préséance sur le juge administratif. Néanmoins, la compétence qu'il vient de se voir reconnaître est nouvelle, tandis que le juge administratif statue sur la qualification de liberté fondamentale depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000. Dès lors, on peut supposer que le juge constitutionnel sera tenté de consacrer dans le cadre de la QPC les libertés fondamentales retenues par le juge administratif depuis 2001 comme semble en attester le cas du consentement aux soins : liberté fondamentale fondée sur le Code de la santé publique pour le juge administratif, droit que la Constitution garantit au titre de la liberté personnelle selon le Conseil constitutionnel. En dehors du référé-liberté, la jurisprudence administrative jouera inévitablement un rôle dans les choix opérés par le Conseil en ce qui concerne l'identification des droits et libertés constitutionnels : le juge administratif et le juge judiciaire exerçant depuis longtemps le contrôle de conventionnalité, ils sont déjà conduits à examiner la loi au regard des conventions internationales relatives aux Droits de l'homme, ce qui ne peut manquer d'inciter le juge constitutionnel à prendre davantage encore en considération les droits ainsi consacrés dans son interprétation de la Constitution. Cette influence apparaît particulièrement nette s'agissant du droit européen.

B. La faible autonomie des choix du Conseil constitutionnel à l'égard du droit européen

L'interprétation de la Constitution, notamment de son préambule, et la manière dont le Conseil apprécie la constitutionnalité des lois qui lui sont soumises ne peuvent totalement s'abstraire de l'existence du contrôle de conventionnalité, en quelque sorte concurrent, exercé par les juges ordinaires, ni du risque de condamnations prononcées par la Cour européenne des Droits de l'homme ou par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). Aussi l'identification par le Conseil des droits et libertés que la Constitution garantit est-elle nécessairement influencée par la jurisprudence de ces deux cours.

1. L'interprétation du texte constitutionnel sous l'influence de la Cour européenne des Droits de l'homme

Cette influence est depuis longtemps perceptible dans le contrôle préventif exercé sur la loi par le juge constitutionnel. Ce dernier n'a cessé depuis les années 1990 d'insuffler au préambule les éléments de la Convention européenne des Droits de l'homme ne figurant pas explicitement dans le texte constitutionnel. Par son travail d'interprétation, le Conseil a ainsi intégré notamment à la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen des droits et libertés garantis par la Cour européenne des Droits de l'homme : liberté du mariage⁵⁰, qualité de la loi⁵¹, droit au recours⁵² en constituent les exemples les plus évidents.

Cette influence se trouve encore renforcée dans le cadre du contrôle *a posteriori* tant parce que le vœu des Constituants et du législateur organique a été de rétablir la supériorité de la protection constitutionnelle sur la protection conventionnelle des libertés, que parce que le contrôle de constitutionnalité est opéré bien souvent après que le juge ordinaire a eu l'occasion dans des affaires antérieures de mettre en évidence l'incompatibilité de la loi en cause avec la Convention européenne. Dès lors, il est peu probable que le Conseil ne s'attache pas à censurer une loi au titre des droits et libertés garantis par la Constitution lorsque celle-ci a déjà fait l'objet d'un constat d'incompatibilité avec la Convention européenne des Droits de l'homme. L'alignement est inévitable et permet de généraliser les solutions nécessairement ponctuelles adoptées par le juge ordinaire au titre du contrôle de conventionnalité. La loi qui, jusque-là, était seulement écartée du litige, est désormais définitivement censurée. La jurisprudence concernant l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme dont le contenu ne cesse de s'enrichir au fil des décisions montre que le Conseil constitutionnel s'efforce de hisser le droit constitutionnel au niveau des garanties européennes liées au droit au recours et à un tribunal indépendant et impartial. La décision n° 110 QPC du 25 mars 2011, *Jean-Pierre B.*, portant sur la composition des commissions départementales d'aide sociale constitue une excellente illustration de cette situation ; on s'aperçoit en effet, et cela même si le commentateur aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* s'en défend, à quel point la solution retenue est étroitement liée aux constats antérieurement effectués par le Conseil d'État et par la Cour de Cassation de l'incompatibilité des dispositions législatives en cause avec la Convention européenne des Droits

49. En dehors du référé-liberté, le sort des normes constitutionnelles invocables devant le juge administratif peut se trouver modifié également. Ce devrait logiquement être le cas du droit à l'emploi auquel le Conseil d'État refuse toute justiciabilité, même normative, alors que le droit à l'emploi peut faire l'objet d'une QPC.

50. CC, déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

51. CC, déc. n° 99-401 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*.

52. Déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

de l'homme. Interprétant depuis 2006⁵³ l'article 16 de la Déclaration des droits comme englobant « les principes d'indépendance et d'impartialité [qui] sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles », le Conseil peut généraliser les solutions qui avaient été précédemment admises par les juges ordinaires au titre du droit à un tribunal indépendant et impartial garanti par la Convention européenne des Droits de l'homme. Cette situation n'est certes pas nouvelle : la prise en compte implicite de la Convention européenne des Droits de l'homme dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles est sensible depuis longtemps dans le contrôle préventif. Mais cette influence devient beaucoup plus importante dès lors que le Conseil est conduit à juger de lois en cours d'application qui ont pu faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité et dont l'application concrète a mis en évidence les incidences négatives sur les droits et libertés des gouvernés.

2. Un contrôle

sous l'influence du droit de l'Union européenne

Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne incluant celle de la Charte des droits fondamentaux, et la part croissante dans la législation des lois de transposition de directives, le contrôle du juge constitutionnel sur les lois est de plus en plus tributaire du droit de l'Union. Dans le cadre de la QPC, comme dans le contrôle préventif, le Conseil n'accepte de statuer sur la loi de transposition que dans la mesure où le requérant invoque un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, autrement dit un principe dont on ne trouverait pas l'équivalent dans le droit primaire de l'Union⁵⁴. Le Conseil sera donc conduit à vérifier que le droit ou la liberté invoqué(e) est bien spécifique au droit français, ce qui ne saurait être qu'exceptionnel, et l'on peine à trouver des exemples convaincants de tels principes concernant des droits ou libertés. Dès lors, la confrontation des lois de transposition aux droits et libertés se fera par la CJUE à l'issue de questions préjudicielles posées par les juges ordinaires.

Les droits ou libertés que la Constitution garantit seront très vraisemblablement entendus comme équivalents à ceux que consacre l'UE, alors même que leur contenu et leurs déclinaisons pourraient être légèrement différents. Avec la part croissante prise par le droit de l'Union dans la législation interne, on peut s'interroger sur l'extension de cette équivalence à l'ensemble de la législation. En d'autres termes, il est probable que l'interprétation par le Conseil constitutionnel des droits et libertés que la Constitution garantit s'aligne à terme sur

le contenu des droits et libertés protégés par le droit de l'Union. Cet alignement ne devrait pas être préjudiciable à ces libertés s'agissant de celles dont on trouve l'équivalent dans la Convention européenne des Droits de l'homme ; en revanche, il n'est pas certain que la situation soit aussi favorable s'agissant de la protection des droits économiques, sociaux ou environnementaux, liberté d'entreprendre mise à part.

Cette dépendance du juge constitutionnel à l'égard du contrôle de conventionnalité explique pour partie l'ambiguïté des solutions retenues, notamment lorsque le Conseil refuse de retenir tel ou tel principe au titre des droits et libertés garantis par la Constitution. Le risque d'évolution ultérieure des jurisprudences européennes l'incite en effet à ne pas fermer la catégorie des droits justiciables de la QPC de manière définitive.

II. Les ambiguïtés des solutions retenues

Sauf à prêter une autorité qu'ils n'ont pas aux commentaires publiés aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, les solutions retenues par le Conseil ne s'embarrassent guère de justifications précises. On s'aperçoit en effet que les décisions rendues ne prennent pas le soin de justifier les refus de retenir tel ou tel principe constitutionnel au titre des droits et libertés garantis par la Constitution (A). En outre, le Conseil s'attache le plus souvent à limiter la portée de la solution adoptée au cas dont il est saisi, laissant ainsi la possibilité ultérieure d'admettre l'invocation du principe refusé dans un autre cas de figure (B).

A. Des critères non explicités

Le Conseil constitutionnel se trouve ici dans une situation comparable à celle du juge administratif au lendemain de la création du référé-liberté. Ni le Constituant, ni le législateur n'ont en effet pris la peine de définir les notions employées alors pourtant qu'elles sont essentielles à la détermination de la portée du contrôle et à la protection des droits et libertés en jeu. Il appartient donc au juge, au fil des affaires dont il est saisi, de définir son champ d'intervention. On s'aperçoit que le Conseil, à l'instar du juge administratif pour les libertés fondamentales, s'est bien gardé de donner une définition générale et abstraite de la notion de droit et liberté que la Constitution garantit. Certes, à première vue, cette notion est beaucoup moins vague que celle de liberté fondamentale à laquelle s'est trouvé confronté le juge des référés. Il paraissait donc relativement simple d'identifier les

53. Déc. n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*.

54. Déc. n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *Kamel D.* : « qu'en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne ; qu'en ce cas, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne ».

droits concernés (1). Mais cette simplicité n'est qu'apparente et l'examen des décisions du Conseil montre qu'il s'est toujours abstenu de préciser les critères qu'il utilise pour opérer une discrimination au sein des normes constitutionnelles (2).

1. L'identification des droits et libertés au sein des normes constitutionnelles

Si le Constituant n'a pas défini l'expression « droits et libertés », il a cependant précisé la source des normes concernées par la QPC, contrairement au législateur lorsqu'il a institué le référé-liberté fondamentale. Le champ d'intervention du contrôle *a posteriori* est donc, de ce point de vue, plus limité que celui de l'article L. 521-2 du CJA ; mais il est aussi à première vue plus large dans la mesure où l'article 61-1 renvoie aux « droits » comme aux « libertés » sans faire intervenir le qualificatif de fondamental. On sait néanmoins que la jurisprudence administrative ne limite pas le champ du référé-liberté aux « libertés » mais qu'elle y inclut des droits d'exiger certaines prestations. Les discussions concernant l'éventuelle distinction entre droit et liberté qui avaient présidé aux premiers pas du référé-liberté n'ont, en toute hypothèse, pas lieu d'être s'agissant de la QPC.

On peut aussi remarquer que le Constituant n'a pas choisi de retenir l'appellation de droit fondamental qui aurait pu faire référence aux débats doctrinaux en la matière ou renvoyer à la jurisprudence constitutionnelle qui n'a qualifié de fondamentales que quelques-unes des libertés consacrées par la Constitution au terme d'une démarche qui a pu être qualifiée de stratégique⁵⁵. L'expression qui figure à l'article 61-1 se veut la plus neutre, la plus large et la plus objective possible : il suffit de se fonder exclusivement sur la Constitution, et de ne retenir dans celle-ci que les normes qui consacrent des droits ou des libertés sans avoir à s'interroger sur une éventuelle différence entre les deux termes. Précisons en outre que le titulaire de ces droits et libertés n'étant pas mentionné par le texte constitutionnel, le champ ouvert est particulièrement large puisque l'individu n'est pas le seul bénéficiaire envisagé. Il reste donc au Conseil à faire le partage entre ce qui relèverait de l'organisation interne des pouvoirs publics et ce qui relève des droits et libertés.

La circulaire du ministère de la Justice édictée quelques jours avant l'entrée en vigueur de la réforme⁵⁶ énonce que « il ne sera pas possible de soutenir que la disposition législative contestée a été prise en méconnaissance de règles

constitutionnelles à caractère procédural, telles que celles précisant les conditions d'élaboration et d'adoption de la loi ». C'est ce qu'a également retenu le Conseil constitutionnel dans ses premières décisions rendues au titre de la QPC⁵⁷. Pour le reste, la circulaire se fait très prudente, tout en incluant cependant la possibilité d'invoquer des principes au titre des droits et libertés garantis, tel que le principe de précaution figurant à l'article 5 de la Charte de l'environnement.

Faussement simple, la délimitation du champ des droits et libertés reste en réalité extrêmement délicate. On peut douter d'abord que l'organisation des pouvoirs publics et les conditions d'élaboration de la loi soient des questions étrangères à la protection des libertés des gouvernés. Il faut se souvenir notamment que les principes d'organisation des pouvoirs publics (le principe de leur séparation par exemple) étaient essentiels aux yeux des auteurs de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen pour la sauvegarde des libertés. Si l'on admet que la garantie des libertés se situe d'abord dans une certaine organisation politique du pouvoir, le respect des principes de cette organisation constitue logiquement un droit que les gouvernés doivent pouvoir revendiquer.

Aussi le Conseil a-t-il admis que soient invoqués dans le cadre de l'article 61-1 non seulement les principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions⁵⁸ dont on comprend le lien avec les droits de la défense, mais aussi le principe de séparation des pouvoirs⁵⁹ fondé sur l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, un article fréquemment sollicité par le Conseil pour intégrer à la Constitution les différents éléments du droit conventionnel à un procès équitable. Il a en revanche exclu le principe du consentement à l'impôt⁶⁰ et ne s'est pas nettement prononcé sur la possibilité d'invoquer le principe de la souveraineté nationale, se réfugiant derrière la formule « en tout état de cause »⁶¹. Il n'est pas certain que la discrimination ainsi opérée entre ces différents principes obéisse à des critères clairement identifiés.

On peut ensuite s'interroger sur le sort des articles prescrivant des devoirs : *a priori* exclus par l'expression « droits et libertés », ils peuvent être retenus dès lors que l'on se souvient qu'un devoir peut aussi constituer l'envers d'un droit des gouvernés. Le Conseil constitutionnel analyse, par exemple, dans un même mouvement les articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement pour en conclure que chacun étant tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de ses activités, la loi ne peut restreindre le droit d'agir en responsabilité au point d'en dénaturer

55. Voir V. Champeil-Desplats, « La notion de droit fondamental et la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dalloz*, 1996, chr. 363-369.

56. Circulaire n° CIV/04/10 du ministre de la Justice et des Libertés du 24 février 2010 relative à la présentation de la question prioritaire de constitutionnalité.

57. Déc. n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *Alain C.*

58. Déc. n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *Jean-Pierre B.*

59. Déc. n° 2010-100 QPC du 11 février 2011, *Alban Salim B.*

60. Voir *infra*.

61. Déc. n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque* : « Considérant qu'en tout état de cause, la décision de procéder à la fusion de communes à la suite d'une consultation des électeurs ne met en cause ni la définition de la souveraineté nationale ni les conditions de son exercice ».

la portée⁶²; de même les devoirs de prévention et de réparation sont invocables au titre de la QPC dans la mesure, semble-t-il, où ils contribuent au respect du droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé⁶³. Dans cette même décision, le Conseil se réfère en outre en premier lieu au principe de responsabilité pour faute découlant selon lui de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen pour en tirer le droit de toute personne d'agir en responsabilité⁶⁴. L'analyse de la décision du 8 avril 2011 montre cependant que cette combinaison des droits et devoirs et d'une conception extensive de la compétence législative aboutit paradoxalement à restreindre la portée du droit de chacun de vivre dans un environnement sain.

Mais lorsque le Conseil choisit de retenir ou, au contraire, de refuser l'invocation de tel ou tel élément de la Constitution, il ne précise pas quels sont les critères qui l'ont guidé dans ses choix, gardant ainsi toutes les cartes en main pour pouvoir faire évoluer ultérieurement sa jurisprudence si le besoin s'en fait sentir. Ici encore, la démarche du juge constitutionnel n'est pas sans évoquer celle du juge administratif des référés : tous deux se gardent bien de donner une définition générale et des critères d'identification qui pourraient les lier pour l'avenir. Il en résulte une jurisprudence aux motivations sommaires et des choix ambigus.

2. Choix ambigus et motivation sommaire

Le cas des devoirs imposés par la Charte de l'environnement illustre assez bien les interrogations que peuvent soulever les solutions retenues par le Conseil : dans l'affaire *Michel Z. et autre*, les requérants s'appuyaient sur les articles 1 à 4 de la Charte de l'environnement pour exiger de pouvoir exercer une action en responsabilité en cas d'atteintes portées par les tiers à l'environnement. La motivation retenue par le Conseil ne permet pas de savoir de manière certaine si les articles 3 et 4 de la Charte pourraient fonder à eux seuls une QPC. Il en va de même des objectifs de valeur constitutionnelle pour lesquels le Conseil semble vouloir éviter d'adopter une attitude globale l'engageant pour l'avenir⁶⁵.

On peut surtout s'étonner de la motivation particulièrement sommaire de la décision *SNC Kimberly Clark* rendue le 18 juin 2010⁶⁶ alors qu'elle exclut des droits et

libertés invocables le principe du consentement à l'impôt, principe qui a toujours figuré dans les réclamations des gouvernés contre le pouvoir et que l'on trouve dans les premières déclarations des droits. L'article 14 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen énonce ainsi que « 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 ».

Or le Conseil se contente de mentionner que ces dispositions « sont mises en œuvre par l'article 34 de la Constitution et n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué » sur le fondement de l'article 61-1. Il est surprenant que le droit de consentir à l'impôt ne soit pas retenu au titre des droits et libertés invocables ; il est également surprenant de voir le Conseil se fonder *d'abord* sur l'article 34 de la Constitution relatif à la compétence du législateur en matière fiscale pour estimer *ensuite* que l'article 14 est absorbé par l'article 34. Pourtant le Conseil admet par ailleurs que soit invoqué l'article 34 lorsque la compétence législative a trait à une liberté. Dans les décisions où se trouve invoqué l'article 14 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, le Conseil ne prend pas le soin d'expliquer en quoi le droit de tous les citoyens de consentir à l'impôt constitue moins un droit que celui de la légalité des délits et des peines par exemple. Comme l'indique la doctrine, la censure qui aurait inévitablement résulté dans l'affaire *Kimberly Clark* de la reconnaissance de l'invocabilité de l'article 14 « aurait indéniablement entraîné une spirale d'annulations et une fragilisation de notre droit fiscal »⁶⁷. L'explication de la solution retenue semble donc devoir être cherchée pour partie au moins dans une politique jurisprudentielle visant à éviter l'engorgement du Conseil, d'une façon relativement comparable à la manière dont le juge administratif a tenté de limiter le référé-liberté en excluant le principe d'égalité des libertés invocables au titre de l'article L. 521-2 du CJA.

Il est en revanche plus aisé de comprendre que soit exclu l'article 88-1 de la Constitution⁶⁸ imposant la transposition des directives de l'Union européenne dans la mesure où, d'une part, le juge ordinaire pourra en assurer le respect au titre du contrôle de conventionnalité, d'autre part, toutes les directives ne créent pas de droit ou de liberté au profit des justiciables. De même, le refus du Conseil d'examiner la constitutionnalité de la loi au

62. Déc. n° 2010-116 QPC du 8 avril 2011, *Michel Z. et autre*, considérant 5.

63. *Ibid.* « l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation ne méconnaît ni le principe de responsabilité ni les droits et obligations qui résultent des articles 1^{er} à 4 de la Charte de l'environnement ».

64. *Ibid.* : « considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui" ; qu'il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle ».

65. Voir *infra*.

66. Déc. n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark* ; voir également la déc. n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Époux P.*

67. R. Grau et O. Guichard, *Droit fiscal*, n° 48, 2010, comm. 576.

68. Déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative aux jeux d'argent et de hasard en ligne*.

regard de l'article 72-1 alinéa 3⁶⁹ n'a rien de surprenant, car la disposition ne fait qu'ouvrir une faculté au législateur et non une obligation⁷⁰. En revanche, l'exclusion de l'article 72-2 alinéa 5 imposant au législateur de prévoir des mécanismes de péréquation « destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales » aurait mérité davantage de justifications. Le Conseil se contente en effet de mentionner que « si cette disposition a pour but de concilier le principe de liberté avec celui d'égalité par l'instauration de mécanismes de péréquation financière, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité »⁷¹ ; il semble qu'il faille en conclure que le requérant (en l'occurrence une collectivité territoriale) doit se fonder sur le principe de libre administration des collectivités et/ou sur le principe d'égalité pour avoir une chance de voir son mémoire examiné par le Conseil, les dispositifs de péréquation ne constituant qu'un moyen de sauvegarder ces deux principes. Pourtant, l'obligation de prévoir de tels mécanismes constituant une garantie de ces droits et libertés des collectivités, il aurait paru logique d'en admettre l'invocabilité au titre de garantie constitutionnelle des principes de liberté et d'égalité. Cette solution doit en outre être comparée avec celle que le Conseil a adoptée concernant l'obligation de prévoir des transferts de ressources en cas de transfert de compétence de l'État aux collectivités territoriales. Ici, en effet, le Conseil admet l'invocabilité de l'article 72-2 alinéa 4⁷², alors qu'il aurait tout aussi bien pu estimer que cette obligation pesant sur le législateur est destinée à préserver les principes de liberté et d'égalité. La différence entre les deux alinéas se situe cependant dans la mention de mécanismes destinés à « favoriser l'égalité » selon l'alinéa 5, alors que l'alinéa 3 impose l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à l'exercice des compétences transférées. Simple objectif donc dans le premier cas, qui n'est pas sans rappeler la formule de l'article 1^{er} de la Constitution selon lequel la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. Mais on imagine mal que le Conseil refuse l'invocabilité de cette dernière disposition, même s'il n'est pas question ici de mécanismes spécifiques.

Peu prolixe dans les justifications des choix qu'il opère, le Conseil ouvre le champ à de nombreuses inter-

rogations, notamment quant à la portée qu'il faut donner aux exclusions qu'il prononce.

B. Une portée incertaine des qualifications négatives

Les incertitudes concernent, d'une part, le sort des objectifs de valeur constitutionnelle dont on ne sait s'ils sont tous et toujours exclus (1) ; d'autre part, la portée des exclusions partielles affectant certaines normes (2).

1. Les incertitudes attachées à l'exclusion des objectifs de valeur constitutionnelle

Les décisions par lesquelles le Conseil refuse de qualifier une norme comme susceptible de fonder une QPC sont particulièrement laconiques. C'est le cas notamment des décisions relatives à l'exclusion de certains objectifs de valeur constitutionnelle : dans l'une des toutes premières affaires examinées au titre de la QPC, *Union des familles en Europe*⁷³, le Conseil a considéré que la loi contestée n'étant relative ni à la vie politique, ni aux médias, « le grief tiré de la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants de pensée et d'opinion est, en tout état de cause, inopérant ». Énoncé en 1982 à propos d'une loi relative à la liberté de communication⁷⁴, le pluralisme apparaît comme un objectif dont le champ d'application n'est pas clairement délimité ; en revanche, le Constituant de 2008 a décidé d'inscrire explicitement le pluralisme dans le texte constitutionnel d'une part à l'article 34 s'agissant du pluralisme des médias, d'autre part à l'article 4 pour le pluralisme de la vie politique. On peut, dès lors, s'interroger sur les raisons précises qui ont conduit le Conseil à exclure l'invocation du pluralisme dans la décision de 2010 : faut-il y voir un refus de prendre en considération les objectifs de valeur constitutionnelle, objectifs qui ne consacraient pas de droits subjectifs directement invocables comme le laisse entendre le commentaire paru aux *Cahiers* ; s'agit-il, au contraire, de considérer que le pluralisme n'a jamais eu d'autre champ d'application que les médias et la vie politique ? La formule retenue par le Conseil, « en tout état de cause », est destinée à préserver l'avenir concernant l'invocabilité des objectifs de valeur constitutionnelle au titre de la QPC. Or, on s'aperçoit que les décisions ultérieures

69. « Lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation, il peut être décidé par la loi de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées. La modification des limites des collectivités territoriales peut également donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi. »

70. Déc. n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*.

71. Déc. n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autres*.

72. Voir la déc. *Commune de Besançon*, ainsi que les déc. n° 2010-56 QPC du 18 octobre 2010, *Département du Val-de-Marne*, et 2011-109 QPC du 25 mars 2011, *Département des Côtes-d'Armor*.

73. Déc. n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*.

74. Déc. n° 141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle* : « Considérant qu'ainsi il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, 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 socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte ».

dans lesquelles ont été invoqués d'autres objectifs de valeur constitutionnelle ont, elles aussi, conduit à un rejet de la part du Conseil, sans pour autant que l'on puisse en tirer de conclusions définitives concernant l'invocabilité de ces objectifs.

Ainsi, le Conseil a-t-il refusé l'invocation de l'objectif d'intelligibilité de la loi dans une décision du 22 juillet 2010, mais la formulation utilisée⁷⁵ laisse penser, là encore, que le refus n'est pas lié au statut d'objectif de valeur constitutionnelle de la norme invoquée, mais plutôt aux liens étroits qu'entretient cet objectif avec l'article 34 de la Constitution⁷⁶. On peut tirer les mêmes conclusions de la décision n° 77 QPC du 10 décembre 2010, *Barta Z.*⁷⁷ concernant l'objectif de bonne administration de la justice : ici aussi le Conseil estime que la méconnaissance de cet objectif « ne peut, *en elle-même*, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité » ; on peut donc supposer que ce n'est pas la qualification d'objectif constitutionnel qui empêche son invocation au titre de la QPC, mais plutôt le contenu donné en l'espèce par la requérante à cet objectif, celui d'une organisation rationnelle de la justice dont la méconnaissance n'aurait pas d'incidence sur ses droits. On peut comparer la solution retenue dans l'affaire *Barta Z.* et celle admise trois mois plus tard à propos de la composition des commissions départementales d'aide sociale⁷⁸ : ici le Conseil retient les principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions fondés sur l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen comme invocables car ils sont directement liés aux droits et libertés des justiciables. De même le principe de séparation des pouvoirs peut-il être invoqué à l'appui d'une QPC⁷⁹. Des principes de droit objectif peuvent donc être invoqués dès lors qu'ils ont des incidences possibles sur les droits et libertés des administrés.

L'analyse des décisions rendues à ce jour par le Conseil conduit donc à relativiser l'explication retenue initialement aux *Cahiers* d'après laquelle « ces objectifs, qu'il appartient au législateur de mettre en œuvre et qui doivent guider l'action normative, ne sont pas des droits subjectifs comme les principes de valeur constitutionnelle. Ils ne sont pas d'application directe. Ils ne s'adressent pas aux

individus mais au législateur pour lequel ils constituent des obligations de moyens et non de résultat ».

En d'autres termes, et contrairement à ce que laisserait penser ce commentaire, il n'est pas impossible que le Conseil admette au titre de la QPC que soit invoqué contre la loi un objectif de valeur constitutionnelle dès lors que la méconnaissance de ce dernier est susceptible d'avoir des incidences sur les droits du requérant. Il n'est donc pas exclu que l'objectif de logement décent soit invocable dans le cadre de l'article 61-1⁸⁰, ni surtout que les objectifs de pluralisme, d'intelligibilité de la loi ou de bonne administration de la justice puissent l'être dans d'autres hypothèses que celles qui ont été déjà jugées. Encore faudra-t-il pour cela que les juges ordinaires ne se contentent pas d'une lecture sommaire des décisions du Conseil et ne décident pas de bloquer toute QPC fondée sur de tels objectifs.

2. La portée des exclusions partielles

La première décision rendue par le Conseil constitutionnel relative à l'article 34 de la Constitution dans le cadre d'une saisine effectuée sur le fondement de l'article 61-1 pose pour principe que « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit »⁸¹. Le rejet en l'espèce ne signifie donc pas impossibilité absolue de se référer à l'article 34 dans le cadre de l'article 61-1, comme le confirment plusieurs décisions rendues ultérieurement par le Conseil. Cet article a ainsi pu être invoqué s'agissant de l'obligation qui pèse sur le législateur de fixer lui-même le champ d'application de la procédure pénale⁸², ou la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales⁸³, et c'est sur ce fondement qu'a été censurée l'incompétence négative du législateur en matière de garanties du droit de propriété dans une affaire où était contestée une disposition du Code de l'urbanisme⁸⁴. On peut remarquer que le Conseil se réfère également à l'article 34 de la Constitution pour rappeler qu'il appartient au législateur de déterminer les règles selon lesquelles doivent être appréciées les

75. Déc. n° 4/17 QPC du 22 juillet 2010, *Alain C.* : « si l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, sa méconnaissance ne peut, *en elle-même*, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ». [Nous soulignons.]

76. Voir *infra*.

77. Déc. n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010, *Madame Barta Z.*

78. Déc. n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *Jean-Pierre B.* Le Conseil avait déjà admis d'examiner une disposition législative au regard du principe d'indépendance des juridictions dans la déc. n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 *Consorts C.* à propos des tribunaux maritimes commerciaux.

79. Déc. n° 2010-100 QPC du 11 février 2011, *Alban Salim B.*

80. Encore ne s'agit-il cependant que d'une possibilité pour chacun d'obtenir un logement décent. Si l'on rapproche cette formule de l'article 72-2 al. 5 de la Constitution disposant que la loi prévoit des dispositions de péréquation destinées à favoriser l'égalité entre collectivités, on peut douter de l'invocabilité de cet objectif.

81. Déc. n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark.*

82. Déc. n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *Jean-Victor C.*

83. Déc. n° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011, *SARL Parc d'activités de Blotzheim.*

84. Déc. n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, *Société Esso SAF.*

facultés contributives des citoyens en matière fiscale, et que, dans ce cadre, il doit respecter le principe d'égalité devant les charges publiques⁸⁵. On peut en inférer qu'une loi qui renverrait au pouvoir réglementaire le soin de fixer les règles en la matière pourrait être censurée au titre de la QPC. Cette décision pose néanmoins problème au regard de la jurisprudence du Conseil concernant l'article 14 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen : le principe du consentement à l'impôt n'est pas en soi considéré comme un droit garanti au titre de l'article 61-1, il est en quelque sorte neutralisé par le Conseil qui l'estime absorbé par l'article 34 ; cela n'empêche pas cependant de faire valoir une incompétence négative du législateur en matière fiscale dès lors que l'on peut mettre en évidence que cette incompétence pourrait avoir des incidences sur l'égalité devant les charges publiques, droit que le Conseil accepte de garantir dans le cadre de la QPC.

Le lien cependant imposé au requérant entre l'article 34 de la Constitution (ou l'article 14 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen) et un droit ou une liberté que la Constitution garantit manifeste à quel point la compétence législative n'est plus comprise comme constituant en soi une garantie des droits des gouvernés⁸⁶. Le Conseil aurait en effet pu estimer que l'intervention législative constitue par elle-même une garantie pour les gouvernés, quel que soit le domaine concerné par cette intervention : générale, impersonnelle, débattue publiquement et votée par des représentants élus, la loi a longtemps été présentée comme préférable en soi à l'intervention réglementaire. Mais admettre que le requérant puisse invoquer toute méconnaissance de l'article 34 revenait à en faire le défenseur des institutions, ou des garanties données à l'ensemble des gouvernés en tant que corps, plutôt qu'à réserver la procédure de l'article 61-1 à la défense de droits et libertés d'individus identifiés. De la même façon que la Constitution a restreint le champ de la compétence législative, le Conseil constitutionnel délimite donc, à l'intérieur cette fois de l'article 34, les hypothèses dans lesquelles cette intervention est nécessaire à la garantie des droits et libertés. En revanche, le juge constitutionnel n'hésite pas à se fonder sur ce même article 34 pour justifier le pouvoir d'appréciation étendu du législateur quant à la mise en œuvre de certains droits et libertés, notamment en matière de respect du principe de participation des travailleurs énoncé à l'alinéa 8 du préambule de 1946⁸⁷, alors même

que cet alinéa ne renvoie pas explicitement au législateur le soin de le préciser.

L'article 34 n'est cependant pas le seul article susceptible d'être invoqué pour contester une incompétence négative du législateur préjudiciable aux libertés. Les articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen sont ainsi sollicités par les requérants dans des conditions qui conduisent à penser que l'objectif d'intelligibilité de la loi est lui aussi susceptible d'être invoqué à l'appui d'une QPC dès lors que la loi en cause concerne une liberté identifiée par le Conseil. La décision rendue le 1^{er} avril 2011 à propos de la motivation des arrêts de cour d'assise est particulièrement éclairante sur ce point : le Conseil estime en effet que « il ressort des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789 qu'il appartient au législateur, dans l'exercice de sa compétence, de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire dans la recherche des auteurs d'infractions, le jugement des personnes poursuivies ainsi que dans le prononcé et l'exécution des peines ».

Cette nécessité d'exclure l'arbitraire de l'application de la norme est précisément la principale raison d'être de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi. En outre, on sait que le Conseil, dans une décision rendue dans le cadre de l'article 61, a intégré explicitement l'objectif d'intelligibilité à l'examen du respect par le législateur de sa compétence⁸⁸. Il en résulte que si la méconnaissance de cet objectif n'est pas invocable en elle-même comme l'a relevé le Conseil dans sa décision n° 4/17 QPC, elle devrait pouvoir l'être de la même façon que celle de l'article 34 dès lors qu'elle a une incidence possible sur un droit ou une liberté substantielle. Là encore cependant, on pourrait contester la restriction du champ d'invocation de cet objectif dans la mesure où toute loi inintelligible est susceptible de porter atteinte au principe d'égalité du fait des risques d'arbitraire qu'elle crée quant à ses conditions d'application.

Si l'on compare le mécanisme de la QPC avec le contrôle de conventionnalité, on s'aperçoit que le juge ordinaire ne pourrait lui non plus écarter la loi inintelligible en tant que telle, sauf si elle portait atteinte à un droit garanti par la Convention européenne des Droits de l'homme. La Cour européenne des Droits de l'homme estime en effet que les restrictions aux droits conventionnels doivent avoir été prévues par une loi prévisible, accessible et conforme à la prééminence du droit. Mais

85. Déc. n° 2010-99 QPC du 11 février 2011, *Laurence N.*

86. Les articles 34 de la Constitution et 14 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen n'ont en quelque sorte pas d'existence autonome dans le cadre de la QPC puisqu'ils ne peuvent être invoqués qu'en relation avec un droit ou une liberté garanti par la Constitution. On peut rapprocher cette situation de celle de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme concernant l'invocation du principe de non-discrimination, invocation nécessairement liée à la mise en cause d'un droit garanti par la Convention européenne des Droits de l'homme.

87. Déc. n° 2010-91 QPC du 28 janvier 2011, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux.*

88. Déc. n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009, *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie* : « il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

cette possibilité est circonscrite au cas des restrictions à des droits garantis par la Convention européenne des Droits de l'homme⁸⁹. Plus largement, la définition extensive des normes de référence du contrôle de constitutionnalité permet de concurrencer efficacement le contrôle de conventionnalité de la loi : les normes invocables sont globalement identiques, et l'on peut même penser que le contrôle de constitutionnalité bénéficie d'un avantage sur le contrôle de conventionnalité s'agissant des droits sociaux. Le Conseil constitutionnel admet en effet que soient invoqués des principes figurant dans le préambule de 1946 tels que le droit à l'emploi alors que le juge ordinaire refuse de reconnaître un effet direct à la plupart des dispositions de conventions internationales relatives

aux droits économiques et sociaux. Dans la mesure où les critères de l'effet direct des dispositions conventionnelles prêtent à discussion, il n'est pas absurde d'imaginer que le contrôle de constitutionnalité exercé au titre de la QPC puisse inciter les juges ordinaires à modifier leur jurisprudence en la matière, donnant ainsi une plus grande effectivité aux droits économiques, sociaux et environnementaux. La complémentarité des procédures (contrôle de conventionnalité des juges ordinaires, référé-liberté et QPC) devrait ainsi déboucher sur une relative unification des droits garantis par-delà la diversité des sources et voir le droit positif justifier *a posteriori* les constructions doctrinales de la notion de droit fondamental⁹⁰.

89. Le juge administratif peut, en revanche, annuler le règlement inintelligible sans avoir à établir un lien avec un droit ou une liberté (voir CE ass. 24 mars 2006, *Société KPMG*).

90. Sur la notion de droit fondamental, voir S. Etoa, *Le passage des libertés publiques aux droits fondamentaux. Analyse des discours juridiques français*, thèse de droit public, Université de Caen Basse-Normandie, 2010.