La « nature » de l'« appréciation du Parlement » selon le Conseil constitutionnel : la société, la science, *et cetera*

Manon Altwegg-Boussac

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/12773>

DOI : 10.4000/revdh.12773

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Manon Altwegg-Boussac, « La « nature » de l'« appréciation du Parlement » selon le Conseil constitutionnel : la société, la science, *et cetera* », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 20 | 2021, mis en ligne le 13 octobre 2021, consulté le 13 octobre 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/12773> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.12773>

Ce document a été généré automatiquement le 13 octobre 2021.

Tous droits réservés

La « nature » de l'« appréciation du Parlement » selon le Conseil constitutionnel : la société, la science, *et cetera*

Manon Altwegg-Boussac

« que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit »

- 1 Cette formule est bien connue. Elle forme le premier considérant de la décision relative à l'interruption volontaire de grossesse rendue en 1975. Depuis, le Conseil constitutionnel n'est plus le même. Le changement de « paradigme constitutionnel »¹, largement accueilli en doctrine, et présentant le Conseil constitutionnel comme le garant des libertés, a été rapide. Dans les années 80, la question principale est de savoir si le Conseil constitutionnel est une juridiction, dans les années 2000, on se félicite des nouveaux standards de contrôle de la production de la loi², vingt après, la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), irrigue tous les champs des libertés. Dans ce contexte, le renvoi au législateur semble glisser d'un principe de philosophe politique à une impression d'entorse tolérée de l'Etat de droit, pour ménager quelque peu la représentation nationale. Que ce paradigme se soit imposé il y a une cinquantaine d'année, après deux siècles de prévalence de la loi, n'y change rien : le Conseil constitutionnel n'est plus le même mais la formule selon laquelle, il ne dispose pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement » est demeurée intacte.
- 2 L'usage de cette formule suscite des réactions contradictoires. D'un côté, on souligne les vertus d'une telle « déférence » envers le législateur, d'un Conseil constitutionnel qui le protège « contre lui-même »³, et la « bienveillance réciproque »⁴ des deux institutions ; d'un autre côté, on regrette le vide qui en découle pour la garantie des

libertés. Aussi le renvoi au législateur se présente ou bien comme une garantie de légitimité démocratique ou bien, à l'inverse, comme une lacune pour les libertés⁵ ; tout comme l'absence de renvoi au législateur se présente ou bien comme une garantie pour l'Etat de droit ou bien, à l'inverse, comme une immixtion illégitime du juge sur le terrain politique. Ces deux réactions sont d'ailleurs facilement interchangeables, dans leur versant positif ou négatif, en fonction du sens des décisions.

- 3 Présentée ainsi, la question est mal posée. Elle fait le jeu de l'argumentation du Conseil constitutionnel bien décidé à séparer ce qui relève du droit – donc de lui-même – et ce qui relève de la politique – et qu'il doit « saisir ». Certes, sur le plan théorique, la réflexion autour de l'articulation de la décision du juge et de celle du législateur est immense et abondamment traitée. Elle renvoie aux grands modèles de garantie des droits, selon qu'ils mettent l'accent sur la garantie politique ou juridictionnelle, sur la dimension éthique, morale ou politique des questions de droits entendue comme des « questions de société », ou sur les conditions d'une argumentation rationnelle en matière de droits et libertés⁶. Il est devenu presque tautologique de rappeler que l'interprétation constitutionnelle suppose toujours une dimension de choix que l'on peut bien appeler « politique », non pas au sens étroit du choix partisan (quoique), mais au moins dans un sens plus large d'une capacité de « décision » dans des domaines qui intéressent la société dans son ensemble⁷. Mais cette réflexion théorique peut difficilement fusionner avec l'argumentation du Conseil constitutionnel, laquelle a dû s'insérer dans une culture formaliste⁸, reposant sur la neutralité objective du droit, dont il ne peut aisément se départir.
- 4 Ainsi, la seule référence à l'appréciation du législateur, ne signifie pas que le Conseil constitutionnel « préserve » le domaine politique du législateur ou « adopte » une conception théorique de la démocratie et des libertés. Ce serait un raccourci un peu trop rapide de le prendre au mot, comme si ce qui, selon le Conseil constitutionnel, relève du domaine du législateur, était « politique » par essence, quand qu'il ne s'agit que d'une construction argumentative. Du point de vue de l'argumentation, il est intéressant de réfléchir à la manière dont le Conseil constitutionnel construit un domaine qui relèverait « par nature » du Parlement. A cet égard, la formule de renvoi à l'appréciation du législateur a un double avantage. Elle présente une limite du contrôle de constitutionnalité, et donc du pouvoir du Conseil constitutionnel, qu'il détermine lui-même, et elle prétend ne pas abandonner l'idée que la loi est, encore un peu, l'expression de la volonté générale.
- 5 Depuis quelques années – sans doute depuis que l'institution est bien implantée et qu'il n'est plus question de mettre en doute sa légitimité – il est devenu de plus en plus commun de constater les insuffisances de l'argumentation constitutionnelle, les vides, les tautologies, incohérences et autres formes d'évitement⁹. Ces mêmes années ont pourtant été celles d'une volonté significative de la part de l'institution, et notamment depuis la QPC, de systématiser davantage sa jurisprudence. Les commentaires du Conseil constitutionnel participent largement à cette « mise en cohérence » d'ensemble en expliquant à demi-mot ce que le Conseil constitutionnel a voulu dire, ou plutôt, ne pas dire. Chaque commentaire prend soin de rappeler les décisions antérieures, présentées comme des « précédents »¹⁰, de montrer la cohérence d'ensemble du raisonnement, en un mot, de former une œuvre jurisprudentielle. L'analyse de ces reconstructions permet de dévoiler des évolutions, des glissements dans les idées, les

concepts et représentations que veut produire l'institution, et notamment celles qui concernent le législateur.

- 6 Une grande variété de formules utilisées par le Conseil constitutionnel renvoie à l'appréciation du Parlement. Certaines rappellent que le Conseil constitutionnel ne peut pas s'immiscer dans l'appréciation du Parlement, ni s'y substituer ; d'autres insistent sur le rôle du législateur dans la détermination de ses objectifs : *« Il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi déferée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie »*. D'autres évoquent sa marge d'action dans le domaine de sa compétence : *« qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »*. Le Conseil constitutionnel souligne aussi fréquemment la tâche du législateur dans la conciliation des divers droits et libertés. A chaque fois qu'il emploie la formule *« il est loisible au législateur »*, il insiste sur la liberté d'action du législateur, pour adopter des lois, les réformer, concilier les droits, déterminer les objectifs : *« il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité »*. Par ces formules, le Conseil constitutionnel semble nous informer de la liberté d'action du Parlement pour faire la loi.
- 7 Parmi celles-ci, la formule indiquant que le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir d'appréciation *« de même nature »* que le Parlement (ou *« identique »* à celui du Parlement) retient l'attention. Elle présuppose une distinction de *« nature »* entre l'appréciation du Conseil constitutionnel et celle du Parlement, distinction qui justifie les bornes du contrôle de constitutionnalité. Les autres formules évoquées traduisent plutôt un mouvement d'importation des notions applicables à l'administration, pour venir les greffer sur le législateur : ce dernier dispose d'une *« compétence »*, il exerce un *« pouvoir discrétionnaire »*, il détermine *« en opportunité »* ses objectifs etc. Ce n'est pas tout à fait la même chose d'insister sur cette compétence discrétionnaire du législateur ou sur la spécificité de l'appréciation du Parlement entendue comme une limite à celle du Conseil constitutionnel. Dans un cas, l'accent est placé sur la marge d'action normative, dans l'autre sur les bornes nécessaires de l'appréciation juridictionnelle face au Parlement. Le choix de ne retenir que cette formule a certes l'inconvénient de présupposer une cohérence exagérée dans son emploi, comme si chacun de ces usages était bien délimité. Mais il permet aussi de ne pas minimiser certaines formes de régularité, dans l'emploi – ne serait-ce qu'apparent – de cette formule.
- 8 L'hypothèse mérite en outre d'être retenue car elle a permis, dans le cadre de ce groupe de travail, de dévoiler des résultats intéressants en matière de QPC. On pourrait se demander quel sens il y a à distinguer les décisions DC et QPC du point de vue des stratégies argumentatives. Après tout la réforme de la QPC n'a pas nécessairement bousculé les lignes de l'argumentation déployée par le Conseil constitutionnel. Pourtant, le renvoi à l'appréciation du législateur ne se présente pas de la même manière au moment particulier du contrôle de constitutionnalité *a priori*, et dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, qui repose avant tout sur la revendication par le

justiciable « *d'un droit ou d'une liberté que la constitution garantit* ». Ainsi, par exemple, si, dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel utilise largement cette formule en matière de politique économique et d'emploi, c'est le principe d'égalité qui centralise largement ces revendications, une fois situées sur le terrain de la QPC. L'étude des décisions QPC révèle un effet de resserrement et de systématisation de cette formule à quelques emplois.

- 9 Cette étude quantitative a été menée à partir des décisions QPC rendues entre 2010 et 2019. Durant cette période, 79 décisions QPC ont repris cette formule-type, ce qui équivaut à environ 10,8 % du total des décisions QPC. Ce chiffre relativement faible traduit un usage bien dosé. A partir de ces 79 décisions, l'analyse approfondie de chacune d'elle permet d'identifier les quatre emplois typiques suivant :

1. Le premier concerne les cas dans lesquels cette formule est utilisée pour justifier, à la suite d'une censure, la modulation dans le temps des décisions. Sur les 79 décisions QPC, 24 décisions sont concernées, ce qui correspond à environ 30,4 % des décisions. En figurant dans le considérant relatif à la modulation dans le temps, le Conseil constitutionnel la déconnecte de l'examen de constitutionnalité : elle n'a plus pour fonction de limiter le contrôle de constitutionnalité mais de permettre au législateur de s'adapter à la suite d'une abrogation. La formule n'est pourtant pas reprise à chaque fois que l'abrogation est différée.
2. Le deuxième concerne les cas dans lesquels le principe d'égalité est invoqué (art. 6 ou 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789). 16 décisions sont concernées, ce qui équivaut à 20,2 % des décisions retenues. La plupart du temps, les décisions employant la formule relative à l'appréciation du législateur sont des décisions de conformité. En cas de censure, la formule tend à basculer dans le considérant relatif à la modulation dans le temps de l'abrogation.
3. Le troisième usage est directement relié à l'examen du grief tiré de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : le Conseil constitutionnel rappelle que l'appréciation de la nécessité des peines correspondantes aux infractions relève du législateur. 28 décisions sont concernées, soit environ 35,4 %.
4. Enfin, le dernier domaine renvoie aux décisions qui justifient le renvoi à l'appréciation du législateur en insistant sur le type d'appréciation qu'implique la question posée. 18 décisions sont concernées, soit environ 22,8 %. Ce sont elles qui nous intéressent plus particulièrement.

Tableau des usages typiques de la formule renvoyant à l'appréciation du législateur (le pourcentage est fondé sur le nombre de décisions QPC intégrant la formule-type retenue)

- 10 NB. Les différents emplois ne sont pas exclusifs : les décisions QPC peuvent intégrer plusieurs colonnes

Effet différé de l'abrogation	Articles 6 et 13 DDHC 1789	Article 8 DDHC 1789	Autres
24 QPC (30,4 %)	16 QPC (20,2 %)	28 QPC (35,4 %)	18 QPC (22,8 %)

- 11 En mettant de côté les cas dans lesquels la formule est utilisée pour justifier l'abrogation différée, cette étude a cherché à isoler un certain nombre de décisions qui ont en commun d'insister, moins sur un type de grief, que sur un type de question –

politiques, philosophiques, techniques, scientifiques – , et dont l'appréciation devrait par conséquent relever du Parlement. Deux types de questions peuvent être identifiés.

1. Le premier concerne les « questions de société ». Il s'agit globalement de questions relatives à l'état des personnes et plus largement à la bioéthique. 9 décisions QPC sont concernées ce qui correspond à environ 11,4 % des décisions QPC retenant la formule-type identifiée.
2. Le second porte sur les questions « techniques et scientifiques ». Ces questions sont essentiellement posées dans les domaines de l'environnement et de la santé. 10 décisions QPC se rattachent à ce type de questions, c'est-à-dire environ 12,7 % des décisions employant la formule type identifiée.

Tableau des usages de la formule selon le type de questions posées (le pourcentage est fondé sur le nombre de décisions QPC intégrant la formule-type retenue)

12 NB. Les décisions QPC peuvent intégrer plusieurs colonnes

« Questions de société »	« Questions techniques et scientifiques »
9 QPC (11,4 %)	10 QPC (12,7 %).

13 Il faut remarquer que les questions que l'on pourrait appeler « strictement » politiques, et portant sur les conditions d'éligibilité aux élections ou sur la mise en œuvre du principe du pluralisme politique, ne sont pas mentionnées en tant que telles dans les décisions du Conseil constitutionnel, ni dans leurs commentaires officiels. Les quatre décisions QPC concernées¹¹ n'ont pas conduit à un quelconque éclairage quant au contenu de l'« appréciation » qu'elles impliqueraient. A l'inverse, concernant les « questions de société » et les « questions scientifiques et techniques », la justification des renvois au législateur apparaît plus approfondie : elle porte sur la « nature » de l'appréciation du Parlement, pour la distinguer de celle du Conseil constitutionnel. Ces deux constructions récentes, contemporaines de la réforme de la QPC, les « questions de société » (I) et les questions « scientifiques ou techniques » (II), méritent à ce titre quelques développements spécifiques.

I- Les « questions de société »

14 La notion de « question de société » est apparue, peu de temps après l'entrée en vigueur de la QPC, dans le commentaire de la décision 2010-39 QPC¹². Elle ne figure pas directement dans les décisions du Conseil constitutionnel mais ses commentaires officiels ont permis sa diffusion. Neuf décisions QPC peuvent entrer dans cette catégorie¹³. Seules deux aboutissent à une déclaration de non-conformité partielle¹⁴ et totale¹⁵ ; les autres sont des déclarations de conformité, dont une est assortie d'une réserve d'interprétation¹⁶. Après avoir rappelé les étapes de cette construction (A), une analyse de ses usages permettra de dévoiler quelques perspectives (B).

A. Construction d'une catégorie

15 Les commentaires officiels des décisions du Conseil constitutionnel contiennent des bribes de raisons permettant d'expliquer certains renvois à l'appréciation du

Parlement. Les « questions de société » sont de celles-là. Elles proposent une certaine lecture de ce qui sépare l'appréciation juridique, celle du Conseil constitutionnel, de l'appréciation politique, celle du Parlement.

- 16 Les étapes de cette construction révèlent une volonté nette de mise en cohérence rétrospective des renvois au législateur. C'est à propos de la question de l'adoption au sein d'un couple non marié que la notion de question de société a été, pour la première fois, utilisée¹⁷. Le commentaire ne se contente pas d'utiliser cette expression, il la met en parallèle avec deux précédentes décisions rendues dans le cadre du contrôle *a priori*, celle sur l'interruption volontaire de grossesse (74- 54 DC) et celle relative à la loi bioéthique (94-343/344 DC)¹⁸. Toutes portent sur des « questions de société » dont le législateur n'a pas à connaître :

« Le Conseil constitutionnel a estimé que trancher cette question dans sa décision eût consisté pour lui à se substituer au Parlement. Rappelant les limites de son contrôle, il a jugé qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en matière de filiation et d'autorité parentale, de la différence particulière de l'enfant élevé par deux personnes de même sexe. Le Conseil a donc jugé, en octobre 2010, qu'il en va de l'« homoparentalité » comme il en allait, en janvier 1975, de l'interruption volontaire de grossesse ou, en juillet 1994, de la sélection des embryons : cette question constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au législateur »¹⁹.

- 17 Au fil des décisions, cette catégorie a été affinée par d'autres renvois rétrospectifs. Quelque temps après, lors de la décision du Conseil constitutionnel portant sur la limitation du mariage aux couples composés d'une femme et d'un homme²⁰, le commentaire s'auto-cite et reprend mot pour mot le même paragraphe précité - « *Le Conseil a donc jugé, en octobre 2010...* » - ; et ajoute ensuite : « *En janvier 2011, s'agissant de la demande des couples de même sexe d'accéder au statut du mariage, le Conseil constitutionnel a confirmé sa jurisprudence respectueuse de la compétence du législateur* ». Ce mouvement suit son cours, avec la décision portant sur le prélèvement de cellules du cordon ou du placenta à des fins de conservation intrafamiliale²¹. Cette catégorie des « questions de société » est à nouveau reconstituée dans le commentaire de la décision validant la loi relative au mariage des couples de même sexe (n° 2013-669 DC)²². Cette liste « officielle » n'est pas exhaustive. Elle pourrait sans difficulté être étendue à d'autres décisions QPC qui n'ont curieusement pas été reprises par les différents commentaires. La décision relative à la loi « anti-Perruche » à propos de la question du préjudice indemnisable d'enfant né avec un handicap, n'a pas été évoquée²³ ; tout comme la décision relative à l'interdiction de mener des expertises génétiques, à des fins de recherche des origines, sur une personne décédée à moins qu'elle ait donné son accord de son vivant²⁴. Le Conseil constitutionnel considère dans cette décision que la question du « *respect dû au corps humain* »²⁵ relève de l'appréciation du Parlement et le commentaire confirme la limitation de son contrôle en matière de « *questions relatives à la bioéthique ou au droit de la famille* »²⁶. Enfin, la décision portant sur le maintien du secret de l'identité de la mère lors d'un accouchement sous X²⁷, celle relative aux conditions dans lesquelles un enfant en situation d'abandon acquiert le statut de pupille de l'État²⁸, celle relative à l'action en nullité pour insanité d'esprit contre un acte qui « *porte en lui-même la preuve d'un trouble mental* »²⁹, ou enfin celle portant sur l'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté³⁰ ont aussi les contours de questions de société, telles que les envisage le Conseil constitutionnel. De même, s'agissant cette fois des décisions rendues dans le cadre du contrôle de

constitutionnalité *a priori*, en dehors des décisions précitées, il faut mentionner la décision portant sur l'extension du délai pour l'interruption volontaire de grossesse³¹, et celle relative à la nouvelle procédure de divorce³². Le commentaire de cette dernière décision fait un lien explicite avec les questions de société : « *Ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, en matière d'état des personnes, le législateur bénéficie d'une large marge d'appréciation* »³³. A chaque fois, le Conseil constitutionnel renvoie à l'appréciation du législateur dans des domaines similaires.

- 18 Quelques éléments participent à former l'homogénéité recherchée de ces « questions de société ». Le premier concerne les matières concernées : l'état des personnes (filiation, mariage etc.), et la bioéthique³⁴. Le deuxième élément renvoie à un « débat » de société, plus ou moins clivant, et contingent à une époque. La question de société renvoie en ce sens à un état des mœurs que le Conseil constitutionnel n'est pas apte à saisir et qui explique sa « *grande prudence* »³⁵. Cette idée correspond à l'argumentation de la Cour de cassation dans sa décision de renvoi fondée sur le caractère « nouveau » de la QPC relative à la limitation du mariage aux couples hétérosexuels : « *les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers* »³⁶. Dans le même ordre d'idée, le commentaire officiel de la décision relative aux greffes autogéniques³⁷ évoque la dimension évolutive de ces questions de société : « *Le Conseil constitutionnel a toujours veillé, sur ces questions de société très évolutives, à marquer la différence entre son rôle et celui du Parlement* »³⁸. Le troisième élément distinctif, sans doute le plus décisif, tient à la spécificité, selon le Conseil constitutionnel, de l'appréciation « non juridique » qui est impliquée par ce type de question. Dans la décision relative à la loi « anti-Perruche », le Conseil constitutionnel soutient, dans le corps même de sa décision, que la question soulève « *des considérations éthiques et sociales* » qui relèvent de la « *seule* » appréciation du Parlement³⁹. Le commentaire abonde en ce sens en affirmant que le Conseil a « *toujours veillé à ne pas entrer dans un débat qui est philosophique et politique* » ainsi, « *il n'est pas entré dans l'appréciation des arguments éthiques* »⁴⁰. Il souligne ailleurs le « *choix politique* » du législateur quant aux conditions dans lesquelles un enfant en situation d'abandon acquiert le statut de pupille de l'État⁴¹, ou insiste « *dans le silence de la constitution* » sur la dimension « *métaphysique* » de la question du commencement de la vie⁴². Dans sa décision relative à l'adoption au sein des couples de même sexe, le commentaire explique qu'une telle question « *consiste à prendre position dans un débat éthique, scientifique et, en définitive, politique sur l'homoparentalité* »⁴³. Une appréciation trop poussée du Conseil constitutionnel le conduirait à s'immiscer sur le terrain miné des choix politique, métaphysique, éthique, philosophique. Un dernier élément d'identification est d'ordre rédactionnel, il tient à la structure même des décisions concernées. La plupart du temps, le considérant relatif à l'appréciation du Parlement figure avant l'examen des griefs des requérants, au commencement de la décision du Conseil constitutionnel, et est accompagné du considérant relatif au « *pouvoir discrétionnaire* »⁴⁴ du législateur. Le Conseil constitutionnel exprime ainsi, d'un bloc, tout ce qui peut justifier la liberté du législateur qu'elle soit entendue sous l'angle du type d'appréciation ou de sa marge d'action pour faire et défaire la loi⁴⁵. Par cette structure rédactionnelle, le Conseil constitutionnel situe d'emblée sa décision sur un terrain particulier.

B. Mise en perspective

- 19 D'un point de vue théorique, penser les questions de droits et libertés comme des « questions de société » est séduisant à un double titre. En premier lieu, l'expression met l'accent sur la possibilité d'une garantie politique des droits, par le législateur, contre une vision exclusivement juridictionnelle. Jeremy Waldron a développé cette idée bien connue. Selon lui, les questions de droits et libertés sont nécessairement des questions de société et impliquent une garantie politique. Il considère que dans toute société reposant sur un certain consensus autour des valeurs, les questions de droits et libertés suscitent « désaccords raisonnables », lesquels ne peuvent trouver de réponse satisfaisante que dans l'enceinte parlementaire. Jeremy Waldron prend l'exemple de l'extension du mariage aux couples de même sexe mais aussi celui de l'étendue des limites à la liberté d'expression et, plus généralement, de toute question clivante au sein d'une société. Après tout, ces « désaccords raisonnables » concernent des choix éthiques, moraux : ils ne peuvent se dissoudre dans une interprétation étroite et désincarnée d'énoncés textuels profondément indéterminés⁴⁶. Il en découle que ces questions supposent une argumentation éthique et morale qui doit en démocratie, revenir au Parlement. En second lieu, cette catégorisation des « questions de société » a aussi l'avantage de donner quelque poids à l'idée de choix collectifs au sein du groupe social, contre une logique strictement individualiste. Ces questions intéressent les grands choix d'une société et ne peuvent être réduites à la seule revendication d'intérêts individuels. Ces quelques réflexions donnent à l'expression « question de société » un relief théorique qu'il est intéressant de creuser. Considérer que le Conseil constitutionnel les fait siennes est néanmoins une conclusion bien trop rapide...
- 20 D'abord, en isolant des « questions de société », le Conseil constitutionnel propose une séparation étonnante entre des matières : l'état des personnes, la bioéthique d'une part et toutes les autres, d'autre part. Certes, traditionnellement, le mariage, le divorce, la filiation, la bioéthique sont présentés comme des affaires de mœurs, d'habitudes et de morale sociale. De ce fait, leur régulation sociale échapperait, ou devrait échapper, à l'action du juge. Une telle conception déplace la question sur les terrains sociologique et anthropologique, mais ne permet pas de comprendre pourquoi les autres domaines, les rapports économiques, la perception sociale de l'ordre, les relations à la nature, en seraient exclus. Toute législation fiscale, environnementale, économique, suppose aussi une appréciation politique et philosophique⁴⁷. Les grands clivages et tensions sociales ne sont pas happés par le seul droit des personnes et leur rapport à leurs corps, il suffit de suivre l'actualité pour s'en rendre compte.
- 21 Ensuite, l'étendue du contrôle du Conseil constitutionnel ne va pas de pair avec la perception plus ou moins politique des questions soulevées. Aucune réelle constance ne se dégage des décisions. Parfois, la motivation du Conseil constitutionnel est particulièrement brève, laissant penser que tout début de contrôle est déjà synonyme d'immixtion interdite dans la sphère du Parlement⁴⁸. Mais à d'autres occasions, le Conseil constitutionnel approfondit davantage son examen. Ainsi, il censure une disposition législative violant le droit de recours des proches d'un enfant ayant obtenu le statut de pupille de l'Etat⁴⁹, une autre relative à l'application immédiate de la loi anti-Perruche⁵⁰, et émet une réserve d'interprétation précisant que la décision d'arrêt ou de poursuite du traitement doit être notifiée aux personnes dont il a recueilli l'avis afin de leur permettre d'exercer un recours⁵¹. En outre, lorsque le Conseil constitutionnel

semble expédier les griefs, en considérant qu'ils ne relèvent pas de son appréciation, la lecture des commentaires nous apprend parfois que la disposition législative était en tout état de cause parfaitement constitutionnelle. Ainsi, le commentaire de la décision relative à l'adoption au sein des couples de même sexe précise que la différence de situation entre couple de même sexe et couple de sexes différents n'est pas contestée⁵². Le commentaire de la décision relative à l'extension du mariage aux couples de même sexe considère que l'emploi du caractère « nouveau » de la QPC dans la décision de renvoi de la Cour de cassation montre que « la question n'était pas juridiquement sérieuse »⁵³. Dans la décision relative à l'accès aux origines post-mortem, le Conseil constitutionnel, après avoir affirmé qu'il ne lui appartient pas « de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain », conclut que « par suite » les griefs tirés de la méconnaissance du respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale doivent être écartés⁵⁴. Si la décision laisse entendre que la libre appréciation du législateur suffit à écarter les griefs, le commentaire se charge de justifier sur le terrain juridique, la constitutionnalité de la disposition ainsi validée : les droits invoqués n'étaient pas applicables à l'espèce⁵⁵. La variabilité du contrôle de constitutionnalité n'a donc pas de lien avec la perception plus ou moins politique de la question posée. Elle permet au Conseil de valider à peu de frais la disposition législative, tout en montrant la modération de son pouvoir face aux grands choix du législateur.

- 22 La référence aux « questions de société » conduit aussi à éviter une rhétorique trop affirmée des droits individuels, alors même que le jeu bien maîtrisé de la conciliation aurait abouti au même résultat. Si la dimension prétendument « sociale » de certains droits ne suscite pas de grands débats en doctrine (la santé, les droits sociaux etc.), celle des questions relatives au rapport à soi, à son corps, à la vie ou à la mort ne va pas de soi. Envisager ces questions de bioéthique et d'état des personnes du point de vue des grands choix d'un groupe social – contre une approche strictement individualiste – est intéressant et stimulant⁵⁶. Mais il est singulier d'observer que le Conseil constitutionnel les a choisies, *plus que les autres*, au titre des « questions de société ». Certes, le Conseil constitutionnel ne peut pas totalement échapper à la rhétorique des droits individuels. Les conditions de la QPC le contraignent nécessairement à exposer, et prendre en compte, les « droits et libertés que la constitution garantit » invoqués par les requérants dans ces domaines. Il en va ainsi de la liberté personnelle, de la liberté de la femme, du principe d'égalité, du droit à la vie privée, du droit à la santé, du droit à la vie familiale normale, de la dignité humaine etc. Mais il prend un soin particulier, lorsqu'il s'agit de telles « question de société », à rogner quand il le peut ces revendications individuelles sur un terrain de principe : il préfère à l'usage du mot « droit » celui d'« intérêt »⁵⁷ ; considère que la question posée est hors du champ d'application de la liberté personnelle⁵⁸, de la vie privée⁵⁹, de la liberté du mariage, ou du droit à une vie familiale normale⁶⁰, lesquels sont limités ; rejette la consécration, sur un terrain constitutionnel, de certains droits, le droit à la vie⁶¹ tout comme le droit à l'enfant⁶². Ces questions de rapport à soi, à ses proches, à son corps, tendent à être traitées comme des questions de politique législative, lesquelles sont contingentes, à l'inverse des (vraies ?) questions de droits et libertés individuels telles que les libertés économiques, la liberté d'expression ou la liberté individuelle. Les soubassements essentialistes du libéralisme sont ici quelque peu déformés et adaptables : certains droits sont naturels, ou évidents, d'autres non, et le Conseil constitutionnel se charge de les classer cas par cas. L'expression « question de société » n'est donc pas une

manière de suggérer une réflexion quelconque sur les enjeux concrets et sociaux des droits, ni sur les conditions d'une garantie « politique » des droits. Bien au contraire, elle conduit à séparer encore droit(s) et politique : ou bien il s'agit de politique législative contingente, ou bien il s'agit de droits dès lors garantis par le juge.

II- Les « questions scientifiques et techniques »

- 23 Une autre catégorie de questions a récemment émergé pour fonder les renvois au Parlement : les questions scientifiques et techniques. On recense dix décisions QPC entrant globalement dans cette catégorie⁶³. Deux d'entre elles sont des déclarations de non-conformité partielle⁶⁴, les autres décisions sont des déclarations de conformité dont deux sont assorties d'une réserve d'interprétation⁶⁵.
- 24 Le commentaire de la décision relative à l'expropriation pour risques naturels⁶⁶ distingue deux domaines réservés à l'appréciation du Parlement : les questions « *pour partie technique ou scientifique* » qui figurent à côté de celles, déjà évoquées, qui « *relèvent avant tout d'un débat de société* » (A). Comme pour les questions de société, cette nouvelle justification du renvoi à l'appréciation du Parlement nécessite de prendre quelque distance avec l'argumentation du Conseil constitutionnel (B).

A. Construction d'une catégorie

- 25 La formule-type renvoyant à l'appréciation du législateur n'est pas la même lorsqu'il s'agit de questions techniques ou scientifiques :
- « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur ».
- 26 Ainsi rédigée, cette formule figure pour la première fois dans la décision relative à la loi bioéthique de 1994 et sera confirmée lors de la loi de 2001 modifiant les conditions de l'interruption volontaire de grossesse⁶⁷. Par une volonté de systématisation similaire à celle des questions de société, les commentaires officiels ont progressivement isolé ce type de question pour y rattacher rétrospectivement un certain nombre de décisions. Lors de la décision relative à l'interdiction des relations sexuelles tarifées⁶⁸, dans laquelle le Conseil constitutionnel renvoie au législateur l'appréciation scientifique des risques pour la santé des femmes, le commentaire rattache à ces « questions techniques et scientifiques » deux autres décisions : celle relative à la commercialisation du bisphénol A⁶⁹, et celle relative à la réduction des déchets plastiques⁷⁰. Quelques mois plus tard, le commentaire de la décision relative aux tests osseux sur les mineurs⁷¹, renvoie à deux autres décisions : la décision relative à l'obligation de vaccination⁷² et celle déjà évoquée interdisant les relations sexuelles tarifées. La rationalisation rétrospective se poursuit au moment de la décision validant la taxe incitative en faveur des biocarburants⁷³. Le commentaire officiel rattache à la catégorie des questions techniques, trois nouvelles décisions : celle relative aux conditions d'expropriation en raison d'un risque naturel⁷⁴, celle portant sur l'interdiction des néonicotinoïdes⁷⁵ et celle relative à la réduction des déchets en plastique⁷⁶. Quelques mois après, la décision interdisant la commercialisation de produits phytopharmaceutiques, reprend ces mêmes références⁷⁷. Même si elles dépassent le champ temporel de cette étude, trois

décisions rendues dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire renvoient au législateur le soin d'apprécier le risque scientifique de la propagation du virus⁷⁸. Dans toutes ces décisions, le caractère technique de la question posée vient justifier la limitation du contrôle du juge face à l'appréciation scientifique du Parlement.

- 27 Cette catégorie des questions scientifiques et techniques repose sur quelques éléments distinctifs. En premier lieu, les matières concernées sont, outre la bioéthique qui tend plutôt à être englobée dans les questions de société⁷⁹, l'environnement et la santé. Concernant la santé et l'environnement, la formule renvoyant au législateur a progressivement intégré la référence à l'« état des connaissances ». Toutefois, cette catégorie a des contours matériels imprécis. Ainsi, toutes les décisions relatives à l'environnement et à la santé ne contiennent pas nécessairement la formule renvoyant à l'appréciation du législateur. Le deuxième élément distinctif tient à la nature de l'appréciation impliquée par de telles questions. Leur caractère scientifique est parfois associé à leur dimension « évolutive » en fonction de l'état de ces connaissances. En matière de politique de vaccination, le Conseil constitutionnel souligne la nécessité pour le législateur de « *tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques* »⁸⁰. Ces questions techniques et scientifiques traduisent en outre l'« *absence d'un consensus scientifique* »⁸¹. Elles peuvent, comme pour la question du recours aux tests osseux sur les mineurs, être « *particulièrement techniques et sensibles* »⁸². Le caractère scientifique de ces questions n'est donc pas totalement détaché de leur contexte. Enfin, à chaque fois que le Conseil constitutionnel renvoie à la catégorie des questions scientifiques et techniques, il précise que son contrôle est limité à l'inadéquation manifeste ou à l'appropriation manifeste des moyens employés. Cette clarification de l'étendue de son contrôle n'apparaît pas explicitement dans les décisions relatives aux « questions de société » : la plupart du temps, le Conseil constitutionnel écarte les moyens invoqués et décide de laisser la question à l'appréciation du Parlement. L'approche se présente autrement pour les questions techniques. Le Conseil constitutionnel prétend vérifier que l'appréciation du législateur n'est pas manifestement inadéquate en ce qui concerne les risques pour les mineurs des tests osseux, les conséquences, pour la santé, de l'interdiction de la prostitution, ou les risques environnementaux liés à la commercialisation de substances dangereuses. En resserrant ainsi les références à l'appréciation du Parlement autour des questions scientifiques ou techniques, le Conseil constitutionnel présente l'espace politique sous un angle nouveau.

B. Mise en perspective

- 28 Contrairement aux questions de société, ce domaine réservé à l'appréciation du Parlement n'est pas délimité par sa dimension éthique ou philosophique mais seulement par sa dimension scientifique. Si pour des raisons évidentes, le Conseil constitutionnel ne peut pas procéder à une expertise scientifique, la référence aux questions techniques et scientifiques soulève d'autres interrogations.
- 29 D'abord, la réduction des questions dites « techniques » aux domaines de la santé et de l'environnement ne va pas de soi. Ces domaines n'épuisent pas la technicité des matières concernées par le contrôle de constitutionnalité. Ainsi, le Conseil constitutionnel a déjà insisté sur l'aspect technique de la communication audiovisuelle, notamment en ce qui concerne la répartition des fréquences hertziennes. Dans sa

décision relative à la loi sur la liberté de la communication, il renvoie à l'appréciation du Parlement tout en soulignant le « *contexte technique où la ressource radioélectrique demeure limitée* ». Il insiste sur la nécessité pour le législateur « *de prévenir, par des mécanismes appropriés, le contrôle par un actionnaire dominant d'une part trop importante du paysage audiovisuel* »⁸³. De la même manière, la technicité de la communication électronique ne fait aucun doute : c'est d'ailleurs le cœur des difficultés lorsqu'il s'agit de transposer les limites classiques de la liberté d'expression aux contenus diffusés sur internet. Pourtant, les décisions QPC relatives à la communication ne font plus référence à la dimension « technique » de la question pour justifier un renvoi au législateur⁸⁴. La référence à la question « technique », appréciée par le Parlement, est largement dépendante du type de grief invoqué par les requérants, l'environnement et la santé.

- 30 Par ailleurs, l'usage de la formule dépend surtout des stratégies argumentatives. La référence à la dimension technique d'une question pour justifier son renvoi au législateur n'est pas systématique en matière de santé et d'environnement. En matière d'hospitalisation d'office par exemple, le Conseil constitutionnel préfère utiliser l'autre formule qu'il a à sa disposition en soulignant le « pouvoir discrétionnaire » du législateur – il faut dire que la plupart des décisions QPC en la matière sont des déclarations de non-conformité⁸⁵. Pourtant, les décisions portant sur les mesures d'état d'urgence sanitaires, qui soulèvent des enjeux similaires, de liberté individuelle et d'ordre public, reprennent la formule relative à l'appréciation du Parlement. Un autre exemple traduit cette dimension stratégique. Le Conseil constitutionnel, examinant l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement qui prévoit « *le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* », a récemment changé de formule-type en passant de celle relative à l'appréciation du Parlement à celle relative à son pouvoir discrétionnaire⁸⁶. Ce changement de formule n'est pas anodin. Il accompagne un changement d'approche de cet article 1^{er} de la Charte : son appréciation n'est plus laissée au Parlement puisqu'elle est désormais intégrée dans le registre rhétorique des droits fondamentaux. Cette évolution n'est pas nécessairement synonyme d'un renforcement de ce droit. Le Conseil constitutionnel rejette ainsi dans la même décision la constitutionnalisation d'un principe de non-régression en matière environnementale : désormais, des considérations d'intérêt général peuvent tout naturellement justifier une limite au « *droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* », tout comme le même intérêt général justifie des limites à la liberté d'entreprendre⁸⁷. La formule renvoyant à l'appréciation du Parlement est ainsi largement adaptable.
- 31 Un même constat s'impose concernant l'étendue du contrôle de constitutionnalité qui adopte des contours variables. Le Conseil constitutionnel accepte parfois de s'immiscer dans l'appréciation des données scientifiques, en prenant appui sur des discours parlementaires, des avis de comités scientifiques, des revues scientifiques, ou des normes de l'Union européenne⁸⁸. Les décisions relatives à l'état d'urgence sanitaire, et notamment la décision 2020-808 DC⁸⁹ traduirait, selon le commentaire officiel, un approfondissement de l'appréciation scientifique du Conseil constitutionnel : « *le Conseil constitutionnel a, pour la première fois [...], recherché si le législateur avait pu légitimement considérer que, pendant la période d'application de cet état d'urgence, la France allait effectivement être confrontée à un état de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* ». Parfois son contrôle est plus laconique. C'est le cas lorsqu'il s'intéresse aux effets sur la santé des mineurs du recours aux tests osseux pour

déterminer leur âge, et qui n'ont pas de but thérapeutique. Le commentaire précise toutefois que le « Conseil constitutionnel ne disposait pas d'éléments lui permettant de considérer qu'en l'état des connaissances, la réalisation de ce seul examen, de manière isolée et sur des personnes d'un âge suffisamment avancé pour que leur minorité puisse être jugée incertaine, présentait des risques pour la santé ». En se fondant sur un avis du Comité consultatif national d'éthique, le commentaire de la décision affirme que tout risque pour la santé est « exclu ». Si l'avis en question met en lumière le doute quant à la fiabilité de ces tests, il évoque aussi les risques d'ordre « psycho-social » pour les mineurs⁹⁰. Enfin, le Conseil constitutionnel est totalement silencieux lorsqu'il s'agit d'apprécier les risques pour la santé des femmes d'une interdiction des relations sexuelles tarifées : aucun texte, avis, discours n'est mentionné, pas même dans le commentaire, pour agrémenter son contrôle de l'inadéquation manifeste de l'appréciation du législateur⁹¹.

- 32 Le recours à l'argument technique conduit à présenter des questions de droits ou libertés sous un angle en apparence objectif et dépolitisé, celui de la vérité scientifique, plutôt que sous celui d'une philosophie des libertés. Mais le contrôle de constitutionnalité parvient difficilement à voiler les choix politiques sous-jacents. La décision *Association Plastic Europe*, est assez révélatrice de la manière dont l'« état des connaissances » change d'un moment à l'autre⁹². Par « myopie hexagonale »⁹³, le Conseil constitutionnel faisait une distinction entre l'importation et l'exportation de substances dangereuses pour la santé : l'interdiction de l'importation était conforme à la constitution, mais celle relative à l'exportation portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. A la suite d'un revirement remarqué, la décision *Industrie de protection des plantes*⁹⁴ insiste désormais sur la portée universelle de la protection de l'environnement, et valide l'interdiction de l'exportation de substances dangereuses en dehors de l'Union européenne⁹⁵. Ce changement de jurisprudence a évidemment peu de choses à voir avec une quelconque évolution des connaissances scientifiques. En réduisant les questions soulevées, à leur seule dimension technique et scientifique, le Conseil constitutionnel neutralise leur dimension de choix politique tout en les isolant comme relevant « par nature » du Parlement.
- 33 Les renvois au législateur, lorsqu'ils sont justifiés par un type de question, offrent un aperçu significatif de la manière dont le Conseil constitutionnel isole un domaine laissé à l'appréciation du Parlement pour le distinguer « par nature » de sa propre appréciation juridique. La systématisation des questions laissées à l'appréciation du Parlement, contemporaines de l'entrée en vigueur de la QPC, confère en pratique une marge de manœuvre importante au Conseil constitutionnel : il devient tout naturel de passer d'une rhétorique politique à une rhétorique des droits sans que ce basculement - que l'on présente souvent comme une « élévation au rang de droit fondamental » - signifie une quelconque extension de leur garantie juridictionnelle. La possibilité d'une réflexion politique et philosophique autour des questions de droit butte certes sur un présupposé familier : celui de la séparation entre décision du juge, en droit, et décision politique du législateur. Cette séparation est aussi ancrée dans une formule juridique bien maîtrisée par le Conseil constitutionnel qui décide, au gré des circonstances, de son articulation.

NOTES

1. Sur ce nouveau « paradigme » voir la thèse de Marie Gren : M. GREN, *Le changement de paradigme constitutionnel. Étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2019.
2. Pour une approche critique : V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les nouveaux commandements de la production législative », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 267-297.
3. G. BERGOUIGNOUS, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013.
4. O. DORD, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013.
5. F. CHÉNÉDÉ, P. DEUMIER, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, 2013.
6. Il est impossible de donner un aperçu exhaustif de cette question. On se contentera de mentionner : S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2013, T. TUSHNET, « The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review », *German Law Journal*, vol. 14, 2014, J. WALDRON, « The Core of the Case Against Judicial Review », *Yale Law Journal*, 2006. Voir aussi parmi les thèses récentes, celles de C. SAUNIER, *La doctrine des questions politiques, Etude comparée, Angleterre, France, Etats-Unis*, Thèse Paris Panthéon-Assas, 2019; R. PAOUR, *Le pouvoir des cours constitutionnelles : analyse stratégique des cas espagnol, français et italien*; I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis, Etude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, 2017; A. BACHERT, *Les rapports entre Cours Suprême et législateurs dans les systèmes constitutionnels de Common Law*, LGDJ, 2019; J. PADOVANI, *Essai de modélisation de la justice constitutionnelle: réflexion à partir du recentrage du contentieux constitutionnel français autour des droits et libertés*, Aix-en Provenç, 2019. Nous nous permettons de renvoyer également à nos travaux : « Le concours des organes politiques et juridictionnels à la garantie des droits, Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *Jus politicum*, n° 13, 2014. Disponible en ligne.
7. D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 7, 2012. Disponible en ligne.
8. Sur cette question, voir D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », préc.
9. Pour un bon aperçu de ces errements : V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, n° 12, 2012, Disponible en ligne.
10. Voir la thèse de F. TAP, *Recherche sur le précédent juridictionnel en France*, Toulouse, 2019.
11. Décision n° 2012-230 QPC du 6 avril 2012, M. Pierre G. [Inéligibilités au mandat de conseiller général] ; Décision n° 2012-233 QPC du 21 février 2012, Mme Marine LE PEN [Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités à présenter un candidat à l'élection présidentielle] ; Décision n° 2013-326 QPC du 5 juillet 2013 ; M. Jean-Louis M. [Inéligibilités au mandat de conseiller municipal] ; Décision n° 2019-811 QPC du 25 octobre 2019, Mme Fairouz H. et autres [Seuil de représentativité applicable aux élections européennes].
12. Voir ce qui, à notre connaissance, est la première étude approfondie sur la notion de question de société : F. CHÉNÉDÉ, P. DEUMIER, « L'oeuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », préc.

13. Décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, Mme Vivianne L. [Loi dite « anti-Perruche »]; Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]; Décision 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]; Décision 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, M. Louis C. et autres [Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation]; Décision n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012 Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta]; Décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, M. Mathieu E. [Accès aux origines personnelles]; Décision 2012-268 QPC, du 27 juillet 2012, Mme Annie M. [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État]; Décision 2012-288 QPC du 17 janvier 2013, Consorts M. [Qualité pour agir en nullité d'un acte pour insanité d'esprit]; Décision 2017-632 QPC du 2 juin 2017, Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés [Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté].

14. Décision 2012-268 QPC du 27 juillet 2012, Mme Annie M. [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État].

15. Décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, Mme Vivianne L. [Loi dite « anti-Perruche »].

16. Décision 2017-632 QPC du 2 juin 2017, Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés [Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté].

17. Décision n° 2010-39 QPC, préc., cons. 5.

18. Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse 5 (cons. 1); Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (cons. 10).

19. Commentaire, Décision 2010-39, précitée.

20. Décision n° 2010-92 QPC, préc., cons. 5.

21. Décision n° 2012-249 QPC, préc., cons. 7 et 8.

22. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (cons. 14, 22, 49). Cette fois, la liste des décisions concernées par ces « sujets de société » comprend l'interruption volontaire de grossesse (n° 74- 54 DC), la sélection des embryons (n° 94-343/344 DC), les greffes autogéniques (n° 2012-249 QPC), l'adoption par des couples homosexuels (n° 2010-39 QPC).

23. Décision n° 2010-2 QPC, préc., cons. 4.

24. Décision n° 2011-173 QPC, préc., cons. 3.

25. Cons. 6.

26. Commentaire, p. 11.

27. Décision n° 2012-248 QPC, préc., cons. 8.

28. Décision n° 2012-268 QPC, préc.

29. Décision n° 2012-288 QPC, préc. cons. 3.

30. Décision n° 2017-632 QPC, préc., cons. 11.

31. Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, (cons. 4).

32. Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle (cons. 38).

33. Commentaire, p. 12.

34. On peut s'étonner de voir que dans la décision 2013-674 DC relative à la loi bioéthique, le Conseil constitutionnel n'utilise pas sa formule renvoyant à l'appréciation du Parlement. Décision n° 2013-674 DC du 1^{er} août 2013, Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011.

35. Décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, Mme Vivianne L. [Loi dite « anti-Perruche »].
36. Cour de cassation, 1^{ère} ch. Civ., 19 nov. 2000, arrêt n° 1088.
37. Décision n° 2012-249 QPC, préc.
38. Commentaire, p. 8.
39. Décision n° 2010-2 QPC, préc., cons. 14
40. Commentaire, p. 6.
41. Commentaire, p. 10, déc. n° 2012-268 QPC, préc.
42. Commentaire p. 2, déc. n° 2001-446 DC, préc.
43. Commentaire, p. 10, déc., n° 2010-39 QPC, préc.
44. Formule selon laquelle « il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité ».
45. C'est le cas notamment des décisions QPC n° 2010-2, 2010-39, 2010-92, 2011-173, 2012-288.
46. J. WALDRON, "The Core of the Case Against Judicial Review", préc., p. 1382.
47. En ce sens également, F. CHÉNÉDÉ, P. DEUMIER, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille » préc. « Ne peut-on pas considérer, qu'à l'instar des conditions du mariage homosexuel ou de l'expertise génétique post mortem, le travail dominical, le temps de travail, les hospitalisations d'office, la tauromachie ou encore l'imposition des revenus à 75 %, sont également des « questions de société » ? ».
48. Voir notamment les décisions QPC n° 2010-39, 2010-92, 2011-173.
49. Décision n° 2012-268 QPC, préc. (cons. 8 et 9). Le Conseil constitutionnel reconnaît qu'il relève de l'appréciation du législateur d'estimer « qu'il serait contraire à l'intérêt de l'enfant de publier l'arrêté de son admission en qualité de pupille de l'État et, d'autre part, prévu que toute personne justifiant d'un lien avec l'enfant peut former une contestation pendant un délai de trente jours à compter de cet arrêté » mais considère néanmoins « qu'il ne pouvait, sans priver de garanties légales le droit d'exercer un recours juridictionnel effectif, s'abstenir de définir les cas et conditions dans lesquels celles des personnes qui présentent un lien plus étroit avec l'enfant sont effectivement mises à même d'exercer ce recours ».
50. Décision 2010-2 QPC, préc. Le Conseil constitutionnel valide le dispositif principal mais censure l'application immédiate aux instances en cours.
51. Décision n° 2017-632 QPC, préc. (cons. 7).
52. Commentaire, p. 10, décision n° 2010-39 QPC, préc.
53. Commentaire, p. 4, décision n° 2020-92, préc.
54. Décision n° 2011-173 QPC, préc., cons. 6.
55. Commentaire, p. et s., déc. n° 2011-173 QPC, préc.
56. Sur cette question, voir R. LIBCHABER, « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », Recueil Dalloz, 2018, p. 1875.
57. Voir par exemple la décision n° 2010-39 QPC préc., et le commentaire.
58. Voir la décision n° 2010-249 QPC, préc., cons. 7 : « Le choix du législateur de conditionner le prélèvement de ces cellules au recueil préalable du consentement écrit de la femme n'a pas eu pour objet ni pour effet de conférer des droits sur ces cellules » ; et le commentaire (p. 8) : « En fait, la liberté personnelle des individus n'était pas en jeu ».
59. Voir la décision 2011-173 QPC préc. et son commentaire.
60. Voir les décisions n° 2010-92 QPC et 2011-173, préc.
61. Voir la décision 2001-446 DC, préc. et son commentaire (p. 1).
62. Voir la décision 2013-669, préc., cons. 52 et le commentaire (p. 37).
63. Décision n° 2012-249 QPC, préc. ; Décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, Époux L. [Obligation de vaccination] ; Décision n° 2015-480 QPC du 17 septembre 2015, Association Plastics Europe [Suspension de la fabrication, de l'importation, de l'exportation et de la mise sur le marché de tout conditionnement à vocation alimentaire contenant du Bisphénol A] ; Décision

n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, M. Adama S. [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge] ; Décision n° 2018-698 QPC du 6 avril 2018, Syndicat secondaire Le Signal [Exclusion de la procédure d'expropriation pour risques naturels majeurs en cas d'érosion dunaire] ; Décision n° 2018-761 QPC du 1^{er} février 2019, Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution] ; Décision n° 2019-808 QPC du 11 octobre 2019, Société Total raffinage France [Soumission des biocarburants à base d'huile de palme à la taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburants] ; Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]. Parmi ces 10 décisions, deux d'entre elles ne mentionnent pas directement la dimension technique : Décision n° 2012-251 QPC du 8 juin 2012, COPACEL et autres (Taxe sur les boues d'épuration) ; Décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, Association France Nature Environnement et autre (Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité).

64. Voir les décisions n° 2015-480 QPC et 2012-282, préc. Les deux sont des déclarations de non-conformité partielle.

65. Voir les décisions QPC, n° 2012-251 et 2012-282, préc.

66. Décision 2018-698 QPC préc.

67. Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, préc. Cette formule sera reprise à l'identique dans la décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, préc.

68. Décision n° 2018-761 QPC, préc.

69. Décision n° 2015-480 QPC, préc.

70. Décision n° 2018-771 DC, préc.

71. Décision, n° 2018-768 QPC, préc.

72. Décision n° 2015-458 QPC, préc.

73. Décision n° 2019-808 QPC, préc.

74. Décision n° 2018-698 QPC, préc.

75. Décision n° 2016-737 DC, préc.

76. Décision n° 2018-77 DC, préc.

77. Décision n° 2019-823 DC, préc.

78. Décision n° 2020-803 DC du 9 juillet 2020, Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire ; Décision n° 2020-808 DC du 13 novembre 2020, Loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire ; Décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021, Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire. En dehors de la première décision DC rendue à propos de l'état d'urgence sanitaire, qui ne renvoie pas à l'appréciation du Parlement, ni à la dimension « technique » de la question, les lois de prorogation ou de sortie d'état d'urgence sanitaire confirment explicitement que le Conseil constitutionnel ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le Parlement s'agissant de l'appréciation du risque de propagation du virus « en l'état des connaissances ».

79. Voir la décision n° 2012-249 QPC, préc. Sur la spécificité des questions de bioéthique, voir la thèse de L. MARGUET, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne : étude sur la normalisation de la vie*, Université Paris Nanterre, 2018.

80. Décision QPC n° 2015-458, préc., cons. 10.

81. Commentaire, p. 10, décision n° 2012-249 QPC, préc.

82. Commentaire, p. 23, décision n° 2018-768 QPC, préc.

83. Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. 40 à 43.

84. Voir par exemple la décision n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017, Association En marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives].

85. Voir par exemple : Décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, M. Abdellatif B. et autre (Hospitalisation d'office) ; Décision n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011, Mme Oriette P.

(Hospitalisation d'office en cas de péril imminent) ; Décision n° 2011-202 QPC du 2 décembre 2011, Mme Lucienne Q. (Hospitalisation sans consentement antérieure à la loi n° 90-527 du 27 juin 1990) ; Décision n° 2011-185 QPC du 21 octobre 2011, M. Jean-Louis C. (Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables) ; Décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie (Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement) ; Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. (Hospitalisation sans consentement) ; Décision n° 2013-367 QPC du 14 février 2014, Consorts L. (Prise en charge en unité pour malades difficiles des personnes hospitalisées sans leur consentement) ; Décision n° 2020-844 QPC du 19 juin 2020, M. Éric G. (Contrôle des mesures d'isolement ou de contention dans le cadre des soins psychiatriques sans consentement) ; Décision n° 2021-912/913/914 QPC du 4 juin 2021, M. Pablo A. et autres (Contrôle des mesures d'isolement ou de contention dans le cadre des soins psychiatriques sans consentement II).

86. Voir la décision n° 2012-282 QPC préc. 5 (cons. 8), et celle n° 2020-809 DC du 10 décembre 2020, Loi relative aux conditions de mise sur le marché de certains produits phytopharmaceutiques en cas de danger sanitaire pour les betteraves sucrières (cons. 13).

87. Pour une analyse de cette décision voir P. RRAP, « La culture des artichauts, terre fertile de la régression. À propos des décisions n° 2020-807 DC du 3 décembre 2020, Loi d'accélération et de simplification de l'action publique et n° 2020-809 DC du 10 décembre 2020, Loi relative aux conditions de mise sur le marché de certains produits phytopharmaceutiques en cas de danger sanitaire pour les betteraves sucrières », Actualités Droits-Libertés, Mars 2021. Disponible en ligne.

88. Dans les décisions précitées n° 2019-808 QPC (Total) et n° 2019-823 (Union des industries de protection des plantes), le Conseil constitutionnel s'appuie sur un règlement de l'Union européenne pour établir le caractère dangereux de l'huile de palme, puis des produits phytopharmaceutiques.

89. Décision n° 2020-808 DC du 13 novembre 2020, Loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.

90. Voir notamment M.-X. CATTO, « L'intérêt supérieur de l'enfant, exigence constitutionnelle opératoire ? », La Gazette du Palais, 21 mai 2019, n° 19, p. 26-28.

91. P. WACHSMANN, « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des clients des prostituées », Blog Jus Politicum, Février 2019. Disponible en ligne.

92. Décision n° 2015-480 QPC préc.

93. P. RRAP, « Le Conseil constitutionnel (aussi) voit les glaciers fondre. À propos de la décision du 11 octobre 2019 du Conseil constitutionnel (2019-808 QPC), Société Total raffinage », Actualités Droits-Libertés, décembre 2019. Disponible en ligne.

94. Décision n° 2019-823 QPC, préc.

95. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La protection de l'environnement, objectif de valeur constitutionnelle : vers une invocabilité asymétrique de certaines normes constitutionnelles ? Remarques sur la décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, Union des industries de la protection des plantes », Actualités Droits-Libertés, Février 2020, Disponible en ligne. Voir aussi P. RRAP, « Le Conseil constitutionnel (aussi) voit les glaciers fondre... », préc.

RÉSUMÉS

L'étude quantitative menée dans le cadre de ce groupe de travail invite à observer quelques régularités dans les usages de la formule selon laquelle le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ». Si 10,8 % de l'ensemble des décisions QPC reprennent cette formule, ses usages ont été resserrés autour de quelques domaines. Cette contribution s'intéresse spécifiquement à deux catégories de questions, soulevées par certaines de ces décisions : les « questions de société » et les « questions scientifiques et techniques ». Ces constructions récentes, contemporaines de l'entrée en vigueur de la QPC, présentent une justification des limites du contrôle de constitutionnalité : face à des choix politiques, philosophiques, éthiques ou scientifiques, le Conseil constitutionnel choisit de réserver leur appréciation au législateur. Une analyse approfondie des décisions concernées par ces deux types de questions, les « questions de société » et les « questions scientifiques et techniques », permet de souligner les enjeux argumentatifs et stratégiques qui les sous-tendent.

The quantitative study carried out in the framework of this working group invites us to observe some regularity in the practices of the formula according to which the Constitutional Council does not have « a general power of assessment and decision of the same nature as that of Parliament ». While 10.8 % of all QPC decisions use this formula, its uses have been tightened around a few areas. This contribution specifically addresses two categories of issues, raised by some of these decisions : “societal questions” and “scientific and technical questions”. These recent constructions, contemporaneous with the coming into force of the QPC, present a justification of the limits of constitutional control : faced with political choices, philosophical, ethical or scientific, the Constitutional Council chooses to reserve their appreciation to the Parliament. An in-depth analysis of the decisions involved in these two types of issues, “societal questions” and “scientific and technical questions”, highlights the argumentative and strategic issues underlying them.

INDEX

Mots-clés : question prioritaire de constitutionnalité, appréciation politique du Parlement, limite du contrôle de constitutionnalité.

Keywords : priority issue of constitutionality, parliament's political decision, limit of constitutional review.

AUTEUR

MANON ALTWEGG-BOUSSAC

Manon Altwegg-Boussac est Professeure à l'Université Paris-Est Créteil