

Question prioritaire de constitutionnalité et téléologie juridique :
réflexions sur le rapport entre Conseil constitutionnel et fin(s) du droit
(version provisoire limitée aux cinquante premières QPC)

Hakim Daimallah
Doctorant Faculté de droit et science politique d'Aix-en-Provence
Université Paul Cézanne Aix-Marseille III
Membre de l'Institut Louis Favoreu

« Toute activité sociale, y compris l'activité juridique, ne saurait du fait qu'elle est une action orientée vers un but, être comprise sans tenir compte de la finalité »¹

Encore faut-il que le Droit poursuive un but... Le travail élaboré repose sur une hypothèse à tout le moins heuristique : le Droit recherche un ou des but(s), il existe une métaphysique juridique. Dès lors, alors que d'aucuns estiment que la Constitution se pose comme le fondement du Droit², le juriste peut-il raisonnablement faire l'économie d'une analyse des fins de celui-ci eu égard le rayonnement de celle-là³ ?

L'étude se présente comme une étude de philosophie *de* droit ou philosophie du droit de juriste⁴. En ce sens, elle se propose comme préalable épistémologique de partir de l'observation des réponses du Conseil constitutionnel aux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) afin d'y rechercher les prémisses éventuelles d'une téléologie juridique, c'est-à-dire de la ou des fin(s) du Droit. Il ne s'agit donc pas d'un discours spéculatif *sur ce que semble devoir être* la finalité du Droit, travail de philosophie du droit, mais bien d'un discours discursif *sur ce que semble être* la finalité du Droit au regard de la jurisprudence du juge de la constitutionnalité des lois dans le cadre de la QPC.

¹ FREUND (J.), « Essai de définition du Droit », *Archives de philosophie du Droit - Le droit investi par la politique*, 1971, n° 16, p. 32

² LE POURHIET (A.- M.), *Droit constitutionnel*, Economica, Corpus droit public, Paris, 2007, p. 1 : « Une Constitution est ainsi une « métarègle », c'est-à-dire une règle qui organise la production d'autres règles. On pourrait dire, plagiant la Bible, Au commencement est le droit constitutionnel ».

³ OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, 1^{ère} éd., Dalloz, Précis - Droit privé, Paris, 1999, p. 17 : « la philosophie du droit se préoccupe de l'essence du juridique et s'efforce de cerner les fins et donc le fondement du droit ».

⁴ TROPER (M.), *La philosophie du droit*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 2005, pp. 12-15.

La réflexion entreprise s'inscrit dès lors dans la direction axiologique de l'atelier « Droit constitutionnel et théorie, philosophie du droit ». Le mécanisme de la QPC introduit en France un contrôle concret « correctif et sélectif »⁵. Par son premier aspect, à savoir l'ouverture d'un contrôle de la conformité à la Constitution de la loi promulguée, il semble contribuer au recul de la volonté générale. Par son second aspect, à savoir le resserrement des normes de référence aux seuls droits et libertés constitutionnellement garantis, il semble achever la subjectivisation de ceux-ci. Ces deux aspects paraissent au surplus conduire à une « sacralisation » du Conseil constitutionnel, pierre angulaire du dispositif.

Par conséquent se pose inévitablement la question du positionnement du Conseil constitutionnel. Déjà soupçonné de mettre à mal la volonté nationale dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité, l'apparente exaltation des droits et libertés individuels induite par la QPC n'est-elle pas de nature à le conduire à (re)construire une téléologie juridique autour des droits et libertés de la personne ?

Pour y répondre, le raisonnement consiste à « descendre » la hiérarchie des normes : il convient de rechercher d'abord les fins du Droit dans la Constitution (Téléologie juridique et Constitution), ensuite la concrétisation desdites fins dans la Loi (Téléologie juridique et Loi), enfin le rayonnement de celles-ci dans le Droit (Téléologie juridique et Droit).

I. Téléologie juridique et Constitution

En dépit des apparences, le droit constitutionnel n'ignore pas la finalité du Droit. En effet, l'étude des dispositions constitutionnelles, à la lumière des décisions rendues par le Conseil rend compte d'une dichotomie entre droit constitutionnel *de* téléologie juridique et droit constitutionnel *de la* téléologie juridique. Autrement dit, celle-ci constitue d'une part un objet *de* droit constitutionnel, c'est-à-dire qu'elle est un objet dont le droit constitutionnel est saisi. Elle constitue d'autre part un objet *du*

⁵ PFERSMANN (O.), « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori », *LPA*, 19 décembre 2008, n° 254, p. 103.

droit constitutionnel, c'est-à-dire qu'elle est un objet dont le droit constitutionnel se saisit.

A. Le droit constitutionnel de téléologie juridique, la part de volontarisme

Le droit constitutionnel de téléologie juridique se distingue par son fondement, à savoir la compétence constitutionnellement reconnue au législateur, ainsi que par son objet, à savoir la protection du pouvoir discrétionnaire du législateur. Dès lors, le droit constitutionnel *de* téléologie juridique se distingue par une part de volontarisme, dans la mesure où la finalité du Droit semble relever de « la volonté souveraine et autonome de l'Etat »⁶.

1. La compétence du législateur

Si l'article 34 de la Constitution fonde à titre principal la compétence du législateur en matière d'édition de règles juridiques, d'autres dispositions constitutionnelles fondent également cette compétence à titre complémentaire.

- a. Le fondement principal de la compétence du législateur : l'article 34 de la Constitution

L'article 34 de la Constitution comportait à son premier alinéa une définition organique traditionnelle de la loi⁷, aujourd'hui posée par l'alinéa 1^{er} de l'article 24 de la Constitution⁸. L'article 34 énumère à partir de son désormais premier alinéa un certain nombre de domaines dans lesquels la loi jouit d'une compétence exclusive d'intervention : il s'agit d'une définition matérielle de l'acte législatif. Les domaines non évoqués dans cet article relèvent de la compétence du pouvoir réglementaire en vertu de l'article 37 de la Constitution.

⁶ BRETHE DE LA GRESSAYE (J.), « Qu'est ce que la philosophie du droit ? », *Archives de la philosophie du droit - Qu'est ce que la philosophie du droit*, 1962, n° 7, p. 97.

⁷ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République, article 11 : « L'article 34 est ainsi modifié (...) le premier alinéa est supprimé ».

⁸ « Le Parlement vote la loi ».

Si une « lecture superficielle »⁹ de ces dispositions laissent croire à une distinction tranchée des domaines législatif et réglementaire, la jurisprudence du Conseil constitutionnel se montre claire : elle déduit de la lecture combinée des articles 34, 37 et 41 de la Constitution que l'adoption par le législateur d'une disposition ne relevant pas expressément de son domaine de compétence n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité¹⁰. Par conséquent, la loi peut intervenir en toute matière.

b. Les fondements complémentaires de la compétence du législateur

Outre l'article 34 de la Constitution avant la révision de 2008, d'autres dispositions constitutionnelles évoquent plus ou moins explicitement le critère organique de la loi. Ainsi, l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 affirme le caractère démocratique de la France, l'article 2 dispose en son alinéa 4 que le principe de la République est le gouvernement du peuple par le peuple, l'article 3 énonce l'exercice de la souveraineté nationale par les représentants du peuple, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 décrit la loi comme expression de la volonté générale, les citoyens concourant par leurs représentants à sa formation.

Par ailleurs, d'autres dispositions de la Constitution de 1958¹¹, de la DDHC de 1789¹², du préambule de la Constitution de 1946¹³ et de la Charte de l'environnement de 2004¹⁴ précisent le critère matériel de la loi¹⁵.

En définitive, « le bloc de constitutionnalité »¹⁶ attribue au législateur compétence pour édicter des normes en toute matière, si tel est son souhait. En

⁹ CAPITANT (R.), Rapport n° 528 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 3^{ème} Législature, p. 4.

¹⁰ CC, 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4*, Rec. p. 57 ; FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 13^{ème} éd., Dalloz, Les grands arrêts, Paris, 2005, p. 508 ; RENOUX (T.-S.) et DE VILLIERS (M.), *Code constitutionnel*, Ed. 2005, LexisNexis, Juriscodex, Paris, 2004, p. 405.

¹¹ Articles 35, 36, 47, 53, 66, 72, 73 et 74.

¹² Articles 7 à 11.

¹³ Alinéa 7.

¹⁴ Articles 3, 4 et 7.

¹⁵ RENOUX (T.-S.) et DE VILLIERS (M.), *Code constitutionnel, pré. cit.*, p. 405 : « Néanmoins, et à une ou deux exceptions près, le rapprochement peut toujours être établi entre le contenu de ces différentes dispositions et une ou plusieurs rubriques de l'article 34 C ».

¹⁶ FAVOREU (L.), « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Eisenmann I*, 1975, p. 33.

conséquence, la finalité du Droit semble être affaire de Loi, la métaphysique juridique semble relever de l'appréciation du législateur représentant du peuple. En effet, est-il imaginable que le législateur fixe les règles concernant « les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités » sans doctrine de la famille, les nationalisations et privatisations sans doctrine de la propriété, les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale sans doctrine sociale... ?¹⁷ La jurisprudence du Conseil constitutionnel adopte cette approche en assumant la concession d'une part de pouvoir discrétionnaire au législateur.

2. La protection du pouvoir discrétionnaire du législateur

Par une interprétation qualifiée de « prudente »¹⁸ des dispositions constitutionnelles, le Conseil constitutionnel s'évertue, lorsqu'il doit se prononcer sur la conformité d'une loi à la Constitution de protéger un certain pouvoir d'appréciation du législateur. Ainsi, par l'adoption de certains considérants aujourd'hui de principe, il préserve ce pouvoir discrétionnaire tant s'agissant des motifs que des objectifs de l'intervention législative.

a. Le pouvoir discrétionnaire en matière de motif de son intervention

Dans les réponses données aux QPC, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement que le législateur jouit d'un pouvoir discrétionnaire qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause. Ainsi, les Sages du Palais Royal considèrent que la Parlement possède un « pouvoir général d'appréciation »¹⁹, à laquelle il ne saurait substituer la sienne²⁰, d'appréciation de « l'opportunité » de son action²¹. Bref,

¹⁷ CUCHE (P.), *En lisant les juristes philosophes*, J. de Gigord, Paris, 1919, p. 19 : « Edicter une loi de but c'est formuler implicitement tout au moins, un jugement de valeur sur le but choisi et imposé et sur les buts dédaignés et défendus ».

¹⁸ AGUILA (Y.), « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, 1995, n° 21, p. 36.

¹⁹ CC, 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Viviane L.* [Loi dite « anti-Perruche », *JORF* p.10847, cons. 9.

²⁰ CC, 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* [Adoption au sein d'un couple non marié], *JORF* p. 18154, cons. 9.

²¹ CC, 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *Epoux L.* [Faute inexcusable de l'employeur], *JORF* p. 11149, cons. 8.

l'intervention du législateur dans les domaines énoncés par l'article 34 de la Constitution, et même au-delà, semble pouvoir être justifiée par tout motif.

b. Le pouvoir discrétionnaire en matière d'objectif de son intervention

Dans le cadre de la QPC, le Conseil constitutionnel rappelle tout aussi régulièrement que la Parlement possède « un pouvoir général de décision »²². Celui-ci consiste en un panel d'actions réservé au législateur : « il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles (...) et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant le cas échéant d'autres dispositions »²³. Cette formulation générale se décline en formulations plus précises selon la matière dans laquelle intervient la loi en cause, ainsi en matière de libertés publiques²⁴, fiscale²⁵, procédurale²⁶, civile et commerciale²⁷ ou encore en matière de propriété et de droits réels²⁸.

B. Le droit constitutionnel de la téléologie juridique, la part de rationalisme

Le droit constitutionnel de la téléologie juridique se distingue par son fondement, à savoir la compétence constitutionnellement attribuée au Conseil constitutionnel, ainsi que par son objet, à savoir la protection d'un certain pouvoir discrétionnaire du Conseil. Dès lors, le droit constitutionnel *de la* téléologie juridique se distingue par une part de rationalisme, dans la mesure où la finalité du Droit semble relever de « la raison, interprète de la nature humaine »²⁹.

²² CC, 2010-2 QPC, *pré. cit.* ; CC, 2010-39 QPC, *pré. cit.*

²³ CC, 2010-8 QPC, *pré. cit.*

²⁴ CC, 2010-13 QPC, 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autre* [Gens du voyage], *JORF* p. 12841, cons. 7.

²⁵ CC, 2010-11 QPC, 9 juillet 2010, *Mme Virginie M.* [Pension militaire d'invalidité], *JORF* p. 12840, cons. 4 ; CC, 2010-44 QPC, *Epoux M.* [Impôt de solidarité sur la fortune], *JORF* 17783, cons. 10.

²⁶ CC, 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue], *JORF* p. 14198, cons. 24 ; CC, 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010, *Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et autres* [Article 575 du code de procédure pénale], *JORF* p. 13727, cons. 4.

²⁷ CC, 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, *M. Mathieu P.* [Noms de domaine Internet], *JORF* p. 18156, cons. 4.

²⁸ CC, 2010-60 QPC, 12 novembre 2010, *M. Pierre B.* [Mur mitoyen], *JORF* p. 20237, cons. 4.

²⁹ BRETHER DE LA GRESSAYE (J.), « Qu'est ce que la philosophie du droit ? », *pré. cit.*, p. 97.

1. La compétence du Conseil constitutionnel

Introduit par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 61-1 de la Constitution fonde à titre principal la compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la conformité de la loi promulguée aux droits et libertés garantis par la Constitution. D'autres dispositions constitutionnelles fondent à titre complémentaire une nécessité de conformité des lois à certains droits et libertés.

a. Le fondement principal de la compétence du Conseil constitutionnel : l'article 61-1 C

Depuis le 1^{er} mars 2010, le Conseil constitutionnel examine régulièrement la conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis de dispositions législatives promulguées. Une compréhension globale du mécanisme de la QPC nécessite une lecture combinée des termes de l'article 61-1 de la Constitution, introduit par la révision de 2008, de la loi organique de 2009 déterminant les conditions de son application³⁰ et de la décision du Conseil relative à cette dernière³¹.

En vertu de ces dispositions, il pèse sur le législateur une exigence de respect de l'ensemble des droits et libertés garantis par la Constitution. Ainsi, le Conseil s'assure que dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, dont la Constitution le dote, le législateur « ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »³². De même, selon le Conseil, « l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61 (...) lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit »³³.

Si l'introduction de la procédure de QPC sanctionne désormais une éventuelle violation de cette exigence, celle-ci préexiste néanmoins au mécanisme de la QPC.

³⁰ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

³¹ CC, 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Rec. p. 206.

³² CC, 2010-2 QPC, *pré. cit.*, cons. 4.

³³ *Ibidem*

b. Les fondements complémentaires de la compétence du Conseil constitutionnel

L'exemple le plus évocateur de disposition complémentaire fondant la compétence du Conseil constitutionnel réside dans le préambule de la Constitution de 1958, affirmant l'attachement du peuple français « aux Droits de l'homme » tels que consacrés par certains textes et se trouvant à la base de l'édification du « bloc de constitutionnalité ».

Partant, certaines dispositions éparses du bloc commandent à la loi le respect de certains droits et libertés. Il convient à cet égard de citer les articles 1^{er} et 2 alinéa 4 de la Constitution de 1958, l'alinéa 3 du préambule de la Constitution de 1946 ou encore l'article 2 de la DDHC de 1789 en ce qu'il affirme « une finalité sociale suprême »³⁴.

2. La protection du pouvoir discrétionnaire du Conseil constitutionnel

La compétence confiée au Conseil constitutionnel par l'article 61-1 de la Constitution le conduit à se reconnaître un certain pouvoir discrétionnaire d'une part en matière de recevabilité des moyens fondant les QPC, d'autre part en matière d'examen du bien-fondé desdits moyens.

a. Le pouvoir discrétionnaire du Conseil constitutionnel en matière d'examen de la recevabilité des moyens

Si la Constitution confie au Conseil le soin de se prononcer sur la question de l'éventuelle atteinte portée par une loi aux droits et libertés qu'elle garantit, elle ne pose en revanche aucune définition substantielle de cette notion de droits et libertés³⁵. Elle ne pose pas davantage de liste complète de ceux-ci³⁶. Le juge de la

³⁴ HAMON (L.), « La définition constitutionnelle des droits et des libertés en France », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme - Rapports français au IIème Congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel*, Economica, Paris, 1987, p. 45.

³⁵ GENEVOIS (B.), « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *RFDA*, 1990, n° 3, p. 318 : « Il n'existe pas en droit français de définition des droits résultant de la Constitution elle-même ».

constitutionnalité des lois ne saurait certes créer et opposer au législateur des règles non contenues dans le bloc de constitutionnalité³⁷. La doctrine démontre que le Conseil constitutionnel lui-même s'estime lié par des « méthodes d'interprétation subjectives » (interprétation littérale, recherche de l'intention du constituant) ou des « méthodes d'interprétation objectives » (cohérence interne de la Constitution, cohérence de l'ensemble du système juridique)³⁸.

Force est néanmoins de reconnaître qu'il dispose d'une grande liberté d'interprétation des textes constitutionnels³⁹, elle-même source de controverses doctrinales⁴⁰. La doctrine reconnaît que si le Conseil constitutionnel interprète parfois scientifiquement le texte, l'interprétation qu'il adopte relève bien souvent d'un « art » (prise en compte de la pratique, prise en compte des valeurs)⁴¹. Autrement dit, les juges du Palais Royal recherchent en permanence l'interprétation « raisonnable »⁴².

b. Le pouvoir discrétionnaire du Conseil en matière d'examen du bien-fondé des moyens

Lorsqu'il contrôle la conformité d'une loi aux droits et libertés garantis par la Constitution, sur le fondement de l'article 61 alinéa 2, le Conseil constitutionnel exerce traditionnellement soit un contrôle strict « de conformité » soit un contrôle restreint de « compatibilité »⁴³. Inspirée de la pratique des juridictions administratives, cette oscillation du contrôle varie d'une espèce à une autre, d'une

³⁶ *Ibidem*, p. 322 : « Le juge constitutionnel n'est donc pas appelé à créer des droits fondamentaux nouveaux. Mais dans le cadre de son pouvoir d'interprétation des normes, il peut tirer toutes les implications des règles ou principes à valeur constitutionnelle ».

³⁷ *Ibidem*, p. 322 : « Le Conseil constitutionnel ne peut donc opposer au législateur que des principes ou règles de valeur constitutionnelle qui préexistent à son examen et qu'il ne serait pas en son pouvoir de créer *ex nihilo*, sauf à se comporter en constituant secondaire ».

³⁸ AGUILA (Y.), « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *pré. cit.*, pp. 9-46.

³⁹ TURPIN (D.), « Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui », *Commentaire*, 1992, n° 58, p. 389 : « L'obsession textuelle n'a en effet guère de sens en la matière car il existe des textes constitutionnels incomplets, ambigus ou contradictoires, ce qui laisse au juge une grande marge d'appréciation ».

⁴⁰ PFERSMANN (O.), « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, 2002, n° 52, pp. 279-334 ; TROPER (M.), « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002, n° 52, pp. 335-353 ; PFERSMANN (O.), « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réplique à Michel Troper », *RFDC*, 2002, n° 52, pp. 759-836.

⁴¹ AGUILA (Y.), « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *pré. cit.*, pp. 9-46.

⁴² PERELMAN (C.), « L'interprétation juridique », *Archives de philosophie du droit - L'interprétation en droit*, 1972, n° 17, pp. 29-37.

⁴³ FAVOREU (L.), « Le principe de constitutionnalité – Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *pré. cit.*, p. 41.

époque à une autre, rend complexe toute tentative de systématisation à long terme et témoigne du « très grand pragmatisme »⁴⁴ du Conseil constitutionnel. En outre, cette technique semble faire peu de cas, du moins en apparence de la finalité de la loi contrôlée.

Toutefois, ainsi que le remarque la doctrine, le Conseil semble se rallier dans le sillage d'autres juridictions à la technique dite du « contrôle de proportionnalité »⁴⁵. Une telle technique consiste en l'examen de « la justification finaliste »⁴⁶ de l'atteinte éventuellement portée par une législation aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Une telle technique introduit à côté du constat d'une atteinte aux droits et libertés une véritable appréciation de la finalité de la législation attentatoire. Elle laisse néanmoins au Conseil une importante marge d'appréciation, entre contrôle de proportionnalité strict et contrôle limité à la disproportion manifeste⁴⁷.

*

**

En définitive, la Constitution habilite d'une part le législateur à intervenir en toute matière. Ce faisant, elle lui attribue compétence pour fixer la finalité du Droit selon sa propre volonté : il s'agit de ce point de vue d'une approche volontariste. La Constitution habilite d'autre part le Conseil constitutionnel à contrôler la conformité des lois aux droits et libertés qu'elle garantit. Ce faisant, elle lui attribue compétence pour corriger la finalité du Droit selon sa raison : il s'agit de ce point de vue d'une approche rationaliste.

Si cette approche abstraite permet de déduire des dispositions constitutionnelles que la téléologie juridique comporte une part de volonté et une part de raison, elle ne renseigne guère sur leur étendue. Il convient dès lors d'étudier

⁴⁴ GENEVOIS (B.), « L'enrichissement des techniques de contrôle », *Colloque du cinquantième du Conseil constitutionnel*, 3 novembre 2008, p. 7.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 8 : Toutefois, dans le dernier état de sa jurisprudence, et sans abandonner la distinction entre contrôle normal et contrôle restreint, le Conseil ne paraît pas insensible à certaines techniques de contrôle adoptées par d'autres juridictions constitutionnelles ».

⁴⁶ MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica PUAM, Coll. Droit positif, 1997, p. 162.

⁴⁷ GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, 2007, n° 70, pp. 269-295.

de manière approfondie les décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution.

II. Téléologie juridique et Loi

La mise en pratique des principes posés par le Conseil constitutionnel en matière de téléologie juridique témoigne d'un double mouvement à la fois de volontarisation et de rationalisation de la finalité du Droit. En effet, il convient de parler de volontarisation dès lors que le Conseil n'examine pas le bien-fondé de la QPC : dans ce cas, la finalité de la Loi échappe à tout contrôle. Il convient de parler de rationalisation lorsque le Conseil examine le bien-fondé de la QPC : dans ce cas, la finalité de la Loi fait l'objet d'un contrôle.

A. La volontarisation de la téléologie juridique

Lorsqu'une QPC se pose au Conseil constitutionnel, celui-ci rejette parfois les moyens la fondant sans même examiner leur bien-fondé : il s'agit de « moyens voués au rejet »⁴⁸. Au regard des décisions rendues par le juge de la constitutionnalité des lois promulguées, une approche taxinomique classique en contentieux administratif permet de les ranger en trois catégories : les moyens irrecevables, les moyens inopérants et les moyens manquant en fait.

1. Les moyens irrecevables

L'expression ici usitée recouvre les moyens « logiquement » rejetés parce que la question posée a déjà été tranchée par le Conseil constitutionnel. Ainsi qu'il le précise lui-même, « il résulte des dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée et du troisième alinéa de son article 23-5 que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qui a déjà été déclarée

⁴⁸ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, Domat droit public, Paris, 2006, p. 783.

conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances »⁴⁹.

L'exception liée au changement de circonstances a été précisée par les Sages : il s'agit de « changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée »⁵⁰. Ainsi, le Conseil constitutionnel considère que la banalisation de la garde à vue quelque soit l'infraction en cause et le renforcement de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée constituent une modification de circonstances de droit et de fait justifiant un réexamen de la conformité à la Constitution des dispositions y afférentes⁵¹.

2. Les moyens inopérants

« Les moyens inopérants sont considérés comme des moyens inutiles dans le débat constitutionnel »⁵², « insusceptibles d'exercer une influence sur la solution du litige »⁵³. Au sein de ces moyens, il semble possible de distinguer entre ceux tirés de la violation de droits et libertés que le Conseil refuse de considérer comme tels, et ceux procédant à une interprétation erronée de l'étendue des droits et libertés invoqués.

a. L'absence de droits et libertés constitutionnellement garantis

Lorsqu'il répond à une QPC, le Conseil constitutionnel considère parfois que la disposition constitutionnelle invoquée par les requérants ne consacre pas de droit ou liberté au sens de l'article 61-1 de la Constitution : il rejette alors le moyen comme

⁴⁹ CC, 2010-9 QPC, 2 juillet 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons* [Article 706-53-21 du code de procédure pénale], *JORF* p. 12120, cons. 3.

⁵⁰ CC, 2009-595 DC, *pré. cit.*, cons. 13.

⁵¹ CC, 2010-14/22 QPC, *pré. cit.*, cons. 18.

⁵² DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, 2^{ème} éd., PUF, Thémis droit, Paris, 2006, p. 407.

⁵³ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *pré. cit.*, p. 790

inopérant. Il en va ainsi de l'article 14 de la DDHC de 1789⁵⁴, de l'article 72-1 alinéa 3 de la Constitution⁵⁵, de la méconnaissance de la procédure d'adoption de la loi⁵⁶, de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi⁵⁷, de l'atteinte aux droits garantis par la CESDH⁵⁸...En revanche, il ne se prononce définitivement ni sur le principe de la souveraineté nationale⁵⁹, ni sur la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle dans son ensemble.

La méconnaissance par le législateur de sa propre compétence constitue un cas très particulier. Le Conseil constitutionnel juge opérant le moyen tiré de la violation de ce principe « que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté »⁶⁰.

b. L'interprétation erronée du champ d'application des droits et libertés

Dans le cadre de la QPC, le Conseil constitutionnel estime inopérant le moyen tiré de la violation de l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants de pensées et d'opinions dans la mesure où la disposition en cause ne concerne ni la vie politique, ni les médias⁶¹. Il considère également inopérant le moyen tiré de la violation de l'article 72-2 de la Constitution qui ne concernent que les compétences exercées par les collectivités territoriales, alors que les compétences confiées au maire au titre de la délivrance de cartes nationales d'identité et de passeports sont exercées au nom de l'Etat⁶².

D'autres déclarations « d'inopérance » sont implicitement intervenues. Ainsi, le Conseil retient pour écarter le grief tiré de la méconnaissance par le législateur de

⁵⁴ CC, 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *SNC KIMBERLY CLARK* [Incompétence négative en matière fiscale], *JORF* p. 11149 ; CC, 2010-19/27 QPC, 30 juillet 2010, *Epoux P. et autres* [Perquisitions fiscales], *JORF* p. 14202.

⁵⁵ CC, 2010-12 QPC, 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque* [Fusion de communes], *JORF* p. 12121.

⁵⁶ CC, 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre* [Indemnité temporaire de retraite outre-mer], *JORF* p. 13615.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ CC, 2010-12 QPC, *pré. cit.*

⁶⁰ CC, 2010-5 QPC, *pré. cit.* ; CC, 2010-28 QPC, 17 septembre 2010, *Association Sportive Football Club de Metz* [Taxe sur les salaires], *JORF* p. 16953 ; CC, 2010-33 QPC, 22 septembre 2010, *Société Esso SAF* [Cession gratuite de terrain], *JORF* p. 17292.

⁶¹ CC, 2010-3 QPC, 28 mai 2010, *Union des familles en Europe* [Associations familiales], *JORF* p. 9730.

⁶² CC, 2010-29/37 QPC, 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre* [Instruction CNI et passeports], *JORF* p. 17293.

sa propre compétence que ce grief ne saurait être invoqué « à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution de 1958 »⁶³.

3. Les moyens manquant en fait

« Le moyen manquant en fait est le moyen développé dans la saisine à propos d'une disposition de la loi, moyen qui propose une interprétation de la loi qui devrait conduire à son inconstitutionnalité mais qui est erroné parce que la question de constitutionnalité ne se pose pas »⁶⁴. Technique contentieuse empruntée aux juridictions administratives, le moyen manquant en fait « procède d'une inexacte interprétation de la décision contestée »⁶⁵. Dans le cadre de la QPC, le Conseil constitutionnel recourt tantôt explicitement, tantôt implicitement à cette technique.

a. L'interprétation erronée de la Loi

Le Conseil constitutionnel n'a rejeté des moyens comme manquant explicitement en fait qu'à une seule reprise : manquent en fait les moyens tirés de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain, au principe du respect de la dignité de la personne humaine et à la liberté individuelle, dès lors que le prélèvement et l'enregistrement des empreintes génétiques s'effectuent en permanence sous le contrôle de magistrats, sans aucune intervention corporelle interne ni aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité et permettent seulement l'identification des personnes par les empreintes génétiques⁶⁶.

Parfois, le Conseil constitutionnel rejette les moyens comme manquant en fait sans les identifier expressément : ainsi, la disposition n'instituant ni une incrimination ni une peine ne saurait porter atteinte au principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère⁶⁷.

⁶³ CC, 2010-28 QPC, *pré. cit.*

⁶⁴ DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, *pré. cit.*, p. 406

⁶⁵ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *pré. cit.*, p. 784

⁶⁶ CC, 2010-25 QPC, 16 septembre 2010, M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques], *JORF* p. 16847.

⁶⁷ CC, 2010-19/27 QPC, *pré. cit.*

b. Les cas complexes : l'absence d'atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis

Dans certaines espèces, le Conseil constitutionnel rejette certains moyens sans les identifier expressément comme manquant en fait. Pourtant, il ne fait guère de doute que dans ces cas, c'est l'absence totale d'atteinte portée aux droits et libertés constitutionnellement garantis qui motive le rejet des moyens par le Conseil. Dès lors, la différence entre le rejet d'un moyen manquant en fait et le rejet d'un moyen comme mal fondé s'avère ténue.

Quelques exemples illustrent particulièrement ce constat. Le Conseil rejette parfois des moyens non parce qu'ils procèdent à une interprétation erronée de la disposition en cause, mais davantage parce qu'ils résultent d'une mauvaise appréciation du dispositif légal dans lequel elle s'insère. Ainsi, alors que les requérants estiment qu'une disposition légale instaure « un monopole absolu » au bénéfice de l'Union nationale des associations familiales pour représenter l'ensemble des familles auprès de pouvoirs publics, le Conseil s'appuie sur une autre disposition légale pour considérer que le « dispositif global » n'instaure pas un monopole absolu mais seulement un privilège. Il rejette par conséquent le moyen tiré d'une violation de la liberté d'expression⁶⁸. De même, les juges du Palais Royal considèrent que l'interdiction légale du mariage entre personnes du même sexe ne porte pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale, dans la mesure où d'autres dispositions légales permettent à ces couples de vivre en concubinage ou de conclure un pacs⁶⁹.

Il semble permis de se demander si le juge constitutionnel, dans ces espèces, ne se prononce pas sur le fond.

B. La rationalisation de la téléologie juridique

Lorsqu'une QPC se pose au Conseil constitutionnel et que les moyens la fondant ne sont pas voués au rejet, il procède à l'examen de leur bien-fondé. Autrement dit, il considère que la loi en cause porte bel et bien atteinte aux droits et

⁶⁸ CC, 2010-3 QPC, *pré.cit.*

⁶⁹ CC, 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre* [Interdiction du mariage entre personnes du même sexe], *JORF* p. 1894.

libertés garantis par la Constitution : il juge par là même son *effet*⁷⁰, c'est-à-dire le résultat immédiat de ladite loi. Toutefois, l'analyse des décisions rendues par les juges du Palais Royal sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution témoigne d'une approche « finaliste » de l'atteinte constatée. Ainsi, l'effet de la loi en cause constitue le point nodal du contrôle de constitutionnalité : une atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis n'emporte pas déclaration d'inconstitutionnalité dès lors qu'elle est à la fois *motivée* et *proportionnée*.

1. Le contrôle des motifs de l'atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis

Par *motifs*⁷¹, il convient d'entendre « les raisons de droit et de fait qui justifient juridiquement le choix arrêté par le législateur »⁷². L'analyse des décisions rendues par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution permet d'établir une distinction entre ceux caractérisés par leur objectivité et ceux caractérisés par leur subjectivité. Cette altérité présente un intérêt certain dans le cadre de l'étude menée dans la mesure où les premiers conduisent à un contrôle plus rigoureux que les seconds.

a. Les motifs objectifs

L'objectivité des motifs justifiant l'intervention du législateur réside dans la capacité du Conseil constitutionnel à la constater pleinement. Autrement dit, le Conseil s'assure que ces motifs présentent effectivement un caractère « objectif et raisonnable ». Il convient au sein de ces motifs de distinguer les motifs envisagés par la Constitution des motifs de droit ou de fait constatés par le Conseil constitutionnel.

Il arrive parfois que la Constitution consacre expressément un motif d'atteinte aux droits et libertés. Par conséquent, dès lors que l'atteinte causée par une loi trouve

⁷⁰ BONNARD (R.) « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDJ*, 1923, pp. 363-392 : l'auteur parle « d'objet » de l'acte normatif.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *pré. cit.*, p. 192.

sa source dans la Constitution, elle ne conduit pas à une déclaration d'inconstitutionnalité⁷³.

Des considérations juridiques motivent parfois une intervention législative portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux, sans emporter violation de la Constitution : ainsi, la spécificité du régime juridique des adhérents à un organisme de gestion agréé⁷⁴ ou encore la situation particulière des syndicats catégoriels⁷⁵. Toutefois, tout motif de droit ne justifie pas une atteinte aux droits et libertés : ainsi, la qualité de partie civile ne saurait justifier en tout état de cause une telle atteinte⁷⁶.

Des considérations factuelles motivent parfois également une intervention législative portant atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Pour reprendre une distinction posée par la doctrine, elles reposent sur des appréciations d'activités, de quantité et de lieu⁷⁷. Dès lors, des considérations liées à l'activité des personnes peuvent justifier des atteintes aux droits et libertés fondamentaux, sans méconnaître la Constitution : ainsi, la situation particulière du salarié dans le cadre de son activité professionnelle⁷⁸, des personnes dites gens du voyage⁷⁹, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions⁸⁰, la menace terroriste⁸¹ ou encore la proximité matérielle entre un fait délictuel et une peine⁸². Cependant, le critère de l'activité ne justifie pas toute atteinte aux droits et libertés : ainsi, la répression plus sévère des faits commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif⁸³ ou encore la situation très particulière de la Compagnie agricole de la Crau⁸⁴.

⁷³ CC, 2010-4/17 QPC, *pré. cit.*

⁷⁴ CC, 2010-16 QPC, 23 juillet 2010, M. Philippe E. [Organismes de gestion agréés], *JORF* p. 13728.

⁷⁵ CC, 2010-42 QPC, 7 octobre 2010, CGT-FO et autres [Représentativité des syndicats], *JORF* p. 18235.

⁷⁶ CC, 2010-15/23 QPC, *pré. cit.*

⁷⁷ MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *pré. cit.*, pp. 165-178.

⁷⁸ CC, 2010-8 QPC, *pré. cit.*

⁷⁹ CC, 2010-13 QPC, *pré. cit.*

⁸⁰ CC, 2010-14/22 QPC, *pré. cit.*

⁸¹ CC, 2010-31 QPC, 22 septembre 2010, M. Bulent A. et autres [Garde à vue terrorisme], *JORF* 17290.

⁸² CC, 2010-41 QPC, 29 septembre 2010, Société Discount et autre [Publication du jugement de condamnation], *JORF* p. 17783 ; CC, 2010-40 QPC, 29 septembre 2010, M. Thierry B. [Annulation du permis de conduire], *JORF* p. 17782.

⁸³ CC, 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral], *JORF* p. 10849.

⁸⁴ CC, 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole], *JORF* p. 18540.

Parmi les considérations factuelles susceptibles de motiver des atteintes aux droits et libertés conformes à la Constitution, il existe des motifs « quantitatifs » : ainsi, la masse salariale des entreprises⁸⁵, l'audience des organisations syndicales⁸⁶ ou encore la taille des établissements commerciaux⁸⁷.

Enfin, le Conseil constitutionnel considère parfois que des considérations de lieu peuvent justifier une atteinte aux droits et libertés sans conduire à une déclaration d'inconstitutionnalité : ainsi, la résidence des titulaires de pensions civiles ou militaires de retraite⁸⁸ ou encore le rattachement d'enseignants-chercheurs à une université⁸⁹.

b. Les motifs subjectifs

La subjectivité des motifs justifiant l'intervention du législateur réside dans l'incompétence du Conseil à apprécier pleinement la pertinence de ces motifs. Ces motifs relèvent du pouvoir discrétionnaire du législateur. La qualification de motifs subjectifs correspond à deux types : les motifs d'intérêt général⁹⁰ et les motifs « éthiques ».

La jurisprudence du Conseil constitutionnel rendue sur la base de l'article 61-1 de la Constitution démontre qu'une atteinte aux droits et libertés causée par une loi n'emporte pas violation de la Constitution dès lors qu'un intérêt général la justifie. Le Conseil se contente alors de constater la réalité de cet intérêt : ainsi, garantir l'automatisme, la rapidité et la sécurité des accidents du travail et des maladies professionnelles⁹¹, réparer de façon égalitaire les conséquences des décrets ayant mis de façon irrégulière à la charge des communes des dépenses relevant de l'Etat⁹², mettre fin dans les meilleurs délais à l'utilisation de locaux ou d'habitation

⁸⁵ CC, 2010-28 QPC, *pré. cit.*

⁸⁶ CC, 2010-42 QPC, *pré. cit.*

⁸⁷ CC, 2010-58 QPC, 18 octobre 2010, *PROCOS et autres* [Taxes sur les surfaces commerciales], *JORF* p. 18699.

⁸⁸ CC, 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L.* [Cristallisation des pensions], *JORF* p. 9728.

⁸⁹ CC, 2010-20/21 QPC, 6 août 2010, *M. Jean C. et autres* [Loi Université], *JORF* p. 14615.

⁹⁰ MERLAND (G.), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique Tome 21, Paris, 2004, 390 p.

⁹¹ CC, 2010-8 QPC, *pré. cit.*

⁹² CC, 2010-29/37 QPC, *pré. cit.*

présentant un danger pour la santé ou la sécurité des personnes⁹³, déterminer un mode économique de clôture et de construction des immeubles ainsi que d'utilisation rationnelle de l'espace tout en répartissant les droits des voisins sur les limites de leurs fonds⁹⁴, réserver l'extension de l'assiette des cotisations sociales aux dividendes versés dans les sociétés d'exercice libéral⁹⁵ ou encore témoigner la reconnaissance de la République française aux anciens combattants⁹⁶...Si le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur la présence effective d'un intérêt général semble restreint, ce contrôle existe.

En effet, les juges du Palais Royal vérifie la « suffisance » de cet intérêt au regard de l'atteinte causée par la loi en cause aux droits et libertés constitutionnellement garantis : ainsi, si la prise en compte des conséquences sur les dépenses d'assurance maladie de l'évolution du régime de responsabilité médicale, la garantie de l'équilibre financier et de la bonne organisation du système de santé justifient l'application de la loi aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ces motifs d'intérêt général ne justifient pas l'application de la loi aux instances en cours⁹⁷.

En outre, dès lors que le motif de l'intervention législative attentatoire aux droits et libertés consiste en des « considérations éthiques et sociales »⁹⁸, le Conseil constitutionnel se refuse à tout contrôle dudit motif : ainsi, considérer que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance », que couples mariés et couples non mariés présentent une différence en matière d'établissement de la filiation adoptive d'enfants mineurs⁹⁹, que couples de même sexe et couples composés d'un homme et d'une femme présentent une différence au regard du droit de la famille¹⁰⁰.

⁹³ CC, 2010-26 QPC, 17 septembre 2010, *SARL l'Office central d'accession au logement* [Immeubles insalubres], *JORF* p. 16951.

⁹⁴ CC, 2010-60 QPC, *pré. cit.*

⁹⁵ CC, 2010-24 QPC, 6 août 2010, *Association nationale des sociétés d'exercice libéral et autres* [Cotisations sociales des sociétés d'exercice libéral], *JORF* p. 14617.

⁹⁶ CC, 2010-11 QPC, *pré. cit.*

⁹⁷ CC, 2010-2 QPC, *pré. cit.*

⁹⁸ CC, 2010-3 QPC, *pré. cit.*

⁹⁹ CC, 2010-39 QPC, *pré. cit.*

¹⁰⁰ CC, 2010-92 QPC, *pré. cit.*

Si la motivation objective et/ou subjective d'une atteinte légale aux droits et libertés fondamentaux s'avère nécessaire pour éviter une censure par le Conseil constitutionnel, elle s'avère insuffisante : ce dernier exige une proportion entre ladite atteinte et les objectifs poursuivis par le législateur¹⁰¹.

2. Le contrôle des objectifs de l'atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis

Par *objectifs*¹⁰², il convient d'entendre « le résultat médiat, le résultat à long terme de l'acte normatif »¹⁰³. L'examen opéré par le Conseil constitutionnel consiste à contrôler que l'effet de la loi en cause est proportionné à l'objectif poursuivi par ladite loi. Ce contrôle de proportionnalité se caractérise par un degré d'intensité variable, tantôt strict, tantôt limité à la disproportion manifeste.

a. La recherche d'une disproportion manifeste

Les décisions rendues dans le cadre de la procédure de QPC démontrent que le Conseil constitutionnel ne censure parfois les lois que dans la mesure où l'atteinte qu'elles portent aux droits et libertés s'avère « manifestement disproportionnée ». L'hétérogénéité des situations dans lesquelles le Conseil recourt à ce contrôle restreint rend complexe toute tentative de systématisation.

Lorsque la question de l'atteinte à certains droits et libertés se pose, le recours à ce contrôle semble de principe. Ainsi, seule une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques emporte violation du principe¹⁰⁴. De même, en matière

¹⁰¹ Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 30, Décision n° 68-2010 QPC - 19 novembre 2010, p. 2 : « comme le disait le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville à propos des restrictions de vote des locataires d'HLM, « il est bien évident qu'une différence objective de situation ne suffit pas, sans quoi l'on pourrait accorder le droit de vote aux locataires ayant les cheveux roux et le refuser à ceux qui ont la chevelure crépue ». Il faut encore que cette différence de situation soit justifiée au regard de l'objet de la loi. ».

¹⁰² BONNARD (R.) « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *pré. cit.* : l'auteur par de « but » de l'acte normatif ; MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *pré. cit.* : l'auteur par « d'intention » du législateur.

¹⁰³ MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *pré. cit.*, p. 192.

¹⁰⁴ CC, 2010-11 QPC, *pré. cit.*

de principe de nécessité des peines, le Conseil constitutionnel s'assure de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue¹⁰⁵. Et il censure uniquement les atteintes manifestement disproportionnées à la liberté syndicale¹⁰⁶.

Cependant, il appert que les juges de la rue Montpensier utilisent également ce contrôle pour d'autres droits et libertés, sans que le recours à cette technique paraisse de principe : ainsi, il constate l'absence de déséquilibre manifeste dans la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect de la vie privée¹⁰⁷, la liberté d'aller et venir composante de la liberté personnelle¹⁰⁸ ou encore la liberté d'entreprendre¹⁰⁹.

Par conséquent, la recherche par le Conseil d'une disproportion seulement manifeste semble coïncider avec la mise en œuvre d'une exigence constitutionnelle : l'article 34 de la Constitution pour le principe d'égalité devant les charges publiques¹¹⁰ et celui de nécessité des peines¹¹¹, la mise en œuvre de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 pour la liberté syndicale¹¹², l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public pour les autres¹¹³.

Néanmoins, l'explication ne convainc guère. En effet, toute intervention législative se rattache peu ou prou à un domaine énoncé à l'article 34. En outre, bien que le législateur poursuive l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, le Conseil constitutionnel censure le plus souvent des lois dès lors que l'atteinte portée aux droits et libertés s'avère seulement disproportionnée¹¹⁴.

b. La recherche d'une disproportion « simple »

¹⁰⁵ CC, 2010-25 QPC, *pré. cit.*

¹⁰⁶ Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 30, Décision 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, p. 8 : « Le Conseil ne censurerait qu'une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif recherché ».

¹⁰⁷ CC, 2010-25 QPC, *pré. cit.*

¹⁰⁸ CC, 2010-13 QPC, *pré. cit.*

¹⁰⁹ CC, 2010-55 QPC, 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres* [Prohibition des machines à sous], *JORF* p. 18695.

¹¹⁰ CC, 2010-11 QPC, *pré. cit.* ; CC, 2010-16 QPC, *pré. cit.* ; CC, 2010-24 QPC, *pré. cit.*

¹¹¹ CC, 2010-66 QPC, 26 novembre 2010, *M. Thibaut G.* [Confiscation de véhicules], *JORF* p. 21117.

¹¹² CC, 2010-42 QPC, *pré. cit.*

¹¹³ CC, 2010-25 QPC, *pré. cit.* ; CC, 2010-13 QPC, *pré. cit.* ; CC, 2010-55 QPC, *pré. cit.*

¹¹⁴ CC, 2010-25 QPC, *pré. cit.* ; CC, 2010-31 QPC, *pré. cit.* ; CC, 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres* [Retenue douanière], *JORF* p. 17291.

En règle générale, le Conseil constitutionnel censure la loi dès lors qu'il estime qu'elle porte aux droits et libertés une atteinte disproportionnée. L'oscillation du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel peut-elle s'expliquer d'un point de vue scientifique ? Les études doctrinales menées sur le contrôle de proportionnalité, comme toute analyse juridique selon Saleilles¹¹⁵, démontrent l'inanité d'une démarche de théorisation¹¹⁶. Selon une doctrine avisée, « les choix effectués par le juge témoignent d'un pragmatisme qui laisse parfois songeur »¹¹⁷. Les différents degrés d'examen usités par le Conseil témoignent du fait que la protection accordée aux droits et libertés constitutionnels dépend de multiples éléments, notamment « le degré d'attachement de l'opinion dominante à son égard »¹¹⁸. Il paraît possible d'en conclure que la recherche d'une « simple » disproportion constitue le principe, la recherche d'une disproportion manifeste l'exception. Le choix alors opéré par le Conseil semble, sans être totalement discrétionnaire, être dicté par nombre de considérations externes au Conseil.

*

**

En définitive, l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel sur QPC rend compte de l'adoption de techniques contentieuses qui démontrent que le juge constitutionnel ne demeure pas indifférent à la finalité de la loi qu'il contrôle. Cependant, le pragmatisme dont il fait montre rend difficile une approche globale de toutes les décisions. Une étude limitée à des espèces portant sur un objet commun, tel que le domaine fiscal, le domaine pénal ou celui familial, peut déboucher sur des conclusions satisfaisantes. Envisager une approche globale de tous ces domaines nécessite une étude plus approfondie.

III. Téléologie juridique et Droit

¹¹⁵ SALEILLES (R.), *De la personnalité morale*, Mémoires du droit, Paris, 2003, p. 45 : « On veut d'abord le résultat, on trouve le principe après ; telle est la genèse de toute construction juridique ».

¹¹⁶ GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *pré. cit.*

¹¹⁷ GENEVOIS (B.), « L'enrichissement des techniques de contrôle », *pré. cit.*

¹¹⁸ GENEVOIS (B.), « La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *EDCE*, 1989, n° 40, p. 181.

Discerner ce que semble être la fin du Droit à l'aune des réponses données par le Conseil constitutionnel aux questions prioritaires de constitutionnalité relève de prime abord de la gageure. En effet, partagé entre droit des personnes et droits de la personne, le Droit paraît poursuivre un nombre sans cesse croissant de finalités. Néanmoins, au-delà de la diversité constatée, au-delà des passions, force est de reconnaître que la jurisprudence du Conseil laisse à penser, n'en déplaise à Jhering¹¹⁹, que le Droit constitue la fin du Droit.

A. Les finalités immédiates du Droit : entre droit des personnes et droits de la personne

La lecture des décisions rendues par le juge de la constitutionnalité des lois promulguées rend compte de ce que nombre d'auteurs – pour ne pas dire tous – mettent en lumière, certes en des termes souvent distincts : le Droit recèle d'une équivoque, à la fois droit des personnes et droits de la personne. En sa première facette, il poursuit des fins collectives. En sa seconde, il poursuit des fins individuelles.

1. Les fins collectives du Droit

Il y a trop de lois. Il ne s'agit pas ici de répéter un constat autour duquel le consensus ne fait guère de doutes. Il convient davantage de mettre en exergue en quoi la procédure de la QPC semble de nature à renforcer la tendance à l'inflation législative, laquelle témoigne d'une inflation des finalités législatives, et par conséquent de celles du Droit.

a. L'inflation des lois

¹¹⁹ JHERING (R.), *L'évolution du droit*, p. 169 : « Le droit n'est pas le principe supérieur qui régit le monde ; il n'est pas un but en soi : il n'est que le moyen de réaliser un but, qui est le maintien de la société humaine. »

Nombre de raisons expliquent l'inflation des lois. Certains évoquent le développement du rôle de l'Etat, de celui des activités humaines¹²⁰, le clientélisme politique¹²¹ ou encore la réponse donnée à une demande sociale¹²². Sans doute subsiste aussi l'idée d'un certain légicentrisme hérité de la philosophie rousseauiste¹²³, ou encore celle selon laquelle « on ne gouverne que par la loi », oubliant par la même que ne pas légiférer, c'est encore légiférer¹²⁴.

Pour pertinentes qu'elles soient, ces explications s'éloignent du propos. En effet, la Constitution ne contraint ni le législateur à intervenir dans tous les domaines d'activités qui se présentent à lui, ni à répondre favorablement aux demandes de lois et encore moins à donner une nature positive à son action. En revanche, la Constitution ne lui interdit rien : ainsi, l'article 34 de la Constitution, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, lui confie « un pouvoir d'intervention »¹²⁵ illimité quantitativement.

Ainsi, les décisions QPC démontrent si besoin est que la loi se répand et réglemente toujours plus de matières. Ce n'est jamais l'intervention du législateur en elle-même qui est contrôlée mais l'atteinte aux droits et libertés causée par cette intervention. Limitée aux cinquante premières QPC, l'étude témoigne pour les seules dispositions codifiées d'une intervention législative dans vingt-et-une matières

¹²⁰ MAUS (D.), « Inflation juridique et développement des normes », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme - Rapports français au IIème Congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel*, Economica, Paris, 1987, p. 360 : « Au plan quantitatif, l'accroissement des missions confiées à l'Etat a entraîné le développement d'un droit dans les domaines nouveaux. De nouvelles branches du droit sont apparues : le droit économique ; le droit de l'aménagement du territoire ; le droit de l'urbanisme ; le droit de la consommation ».

¹²¹ MATHIEU (B.), *La Loi*, 3^{ème} éd., Dalloz, Connaissance du droit, p. 78 : « chaque ministre souhaite attacher son nom à une loi. Par ailleurs le « rendement médiatique » du projet de loi est élevé. En l'espèce, c'est donc l'effet d'annonce qui est le plus important »

¹²² CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, Champ essai, Paris, 2008, p. 111-112 : « il arrive que le discrédit de la loi se traduise par un recours de plus belle au législateur. Il semble si facile de légiférer qu'à la moindre gêne, le groupe ou l'individu qui l'éprouve se retourne vers lui, et lui crie qu'il n'y a qu'à faire une loi ».

¹²³ BIDEGARRAY (C.) et EMERI (C.), « La définition constitutionnelle des droits et libertés en France », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme - Rapports français au IIème Congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel*, Economica, Paris, 1987, p. 16 : « Aujourd'hui, cette croyance indéfectible en une loi qui ne saurait mal faire peut sembler d'un euphorisme passablement utopique ».

¹²⁴ CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1979, p. 277 : « le législateur (...) n'est pas moins législateur quand il repousse la tentation de légiférer ».

¹²⁵ MAUS (D.), « Inflation juridique et développement des normes », *pré. cit.*, p. 363 : « on en vient aujourd'hui à rechercher s'il reste des terrains encore vierge où la norme n'est pas intervenue (...) la natalité des lois n'est pas balancée par leur mortalité. Le législateur abroge beaucoup moins qu'il ne légifère ».

formellement distinctes¹²⁶, auxquelles il convient d'ajouter neuf lois non codifiées¹²⁷.

b. Les fins collectives du droit des personnes

La question se pose de savoir si, du point de vue de la finalité, les domaines d'activités humaines caractérisés par une intervention de la loi présentent un point commun. A l'évidence, il n'en existe qu'un : les domaines énumérés à l'article 34 de la Constitution requièrent la présence d'au moins deux personnes¹²⁸. Autrement dit, la Loi organise des rapports sociaux, *ubi societas, ubi jus*¹²⁹. Dès lors, la Loi se présente comme *le droit des personnes*, partie intégrante du Droit, caractérisé par ses fins collectives. Le pluriel s'impose ici car le droit constitutionnel n'impose pas au législateur d'édicter pour tous, mais au moins pour quelques-uns¹³⁰.

Ainsi, les décisions rendues par le Conseil constitutionnel démontrent une protection active du pouvoir discrétionnaire du législateur, notamment en matière de justice pénale, familiale, sociale ou encore fiscale. En outre, comme vu précédemment, le Haut Conseil tolère les atteintes portées par la Loi aux droits et libertés constitutionnellement garantis dès lors qu'elles sont justifiées et proportionnées. Par conséquent, compte tenu du fait qu'une atteinte aux droits et libertés fondamentaux ne se traduit pas forcément par une déclaration d'inconstitutionnalité, les fins collectives du Droit priment parfois sur les fins

¹²⁶ Codes de l'action sociale et des familles, des pensions civiles et militaires de retraite, des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, électoral, de la sécurité sociale, général des impôts, disciplinaire et pénal de la marine marchande, de procédure pénale, général des collectivités territoriales, de l'éducation, de l'urbanisme, des douanes, de la consommation, de la route, civil, des postes et des communications électroniques, du travail, de justice administrative, de la santé publique et pénal.

¹²⁷ Lois relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, de finances rectificative du 30 décembre 2008, de modernisation économique, tendant à faciliter la suppression l'habitat insalubre, portant approbation des deux conventions, de développement et de modernisation des services touristiques, instituant des mesures en faveur de certaines catégories de commerçants et d'artisans âgés,, relative aux jeux de hasard et portant réforme de la protection juridique des majeurs.

¹²⁸ A moins que...

¹²⁹ BURDEAU (G.), *Traité de science politique - Tome I Le pouvoir politique*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, p. 88 : « L'idée de droit exprime l'ordre social en le concrétisant » ; JESTAZ (P.), *Le Droit*, 6^{ème} éd., Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 2010, pp. 5-6 : « Robinson dans son île n'a aucun besoin de droit (...) Pour l'homme seul, la notion de droit n'a aucun sens (...) Le droit quant à lui suppose la présence de l'autre ».

¹³⁰ Cf. *supra*.

individuelles. Ainsi, la sauvegarde de l'ordre public prime sur le droit au respect de la vie privée¹³¹, la poursuite d'un intérêt général prime sur le droit de propriété¹³²...

2. Les fins individuelles du Droit

Il y a beaucoup de droits et libertés, sans doute trop au regard de l'intention originaire de ceux qui souhaitent assurer une protection de droits et libertés dits fondamentaux¹³³. L'inflation se révèle moins quantitative que qualitative : si le nombre de droits et libertés demeure relativement stable, le champ d'application de chacun tend à augmenter considérablement, suivant le litige dans lequel il est susceptible de s'appliquer¹³⁴. Si ce phénomène d'inflation des droits préexiste au mécanisme de la QPC, celui-ci paraît inéluctablement conduire à son renforcement.

a. L'inflation des droits et libertés constitutionnellement garantis

Divers facteurs peuvent expliquer l'inflation des droits. Ils tiennent d'une part dans la notion même de droits et libertés. Définis comme « des permissions d'agir déterminés »¹³⁵, « des intérêts juridiquement protégés »¹³⁶ doublés « d'une volonté qui les représente »¹³⁷, ils en deviennent parfois les avatars juridiques d'aspirations individuelles¹³⁸. Ils tiennent d'autre part dans les modalités de protection de ceux-ci.

¹³¹ CC, 2010-25 QPC, *pré. cit.*

¹³² CC, 2010-60 QPC, *pré. cit.*

¹³³ RIVERO (J.), « La loi et les droits fondamentaux », in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, p. 171 : « Le problème des droits fondamentaux s'aggrave au fur et à mesure que risque de s'accroître leur nombre (...) car l'inflation des droits fondamentaux risque comme toute inflation de dévaluer l'objet auquel elle s'attache. Pour que des droits fondamentaux restent des droits fondamentaux, je pense qu'il ne faut ni que tout les droits deviennent fondamentaux, ni que deviennent fondamentaux des vœux, des souhaits qui ne peuvent hélas (...) se concrétiser en droits ».

¹³⁴ DRAGO (G.), « La conciliation en droit constitutionnel », *D.*, 1991, chr. , p. 266 : « Il nous semble que, dans le raisonnement du juge constitutionnel, la conciliation entre principes constitutionnels s'opère en faisant varier le degré de protection d'une norme constitutionnelle selon les espèces auxquelles ces normes s'applique ».

¹³⁵ FAVOREU (L.), *Droit des libertés fondamentales*, 5^{ème} éd., Dalloz, Précis, Droit public - science politique, 2009, p. 93.

¹³⁶ JHERING, *L'évolution du droit*

¹³⁷ MICHOUUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 1 - *Notion de personnalité morale, classification et création des personnes morales*, 3 éd., Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1932, p. 103.

¹³⁸ CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Vème République*, *pré. cit.*, p. 125 : « Qu'est-ce donc qu'un droit subjectif ? Un pouvoir de vouloir, un intérêt juridiquement protégé, répondaient autrefois

En effet, en confiant au Conseil constitutionnel la mission de contrôler la conformité des lois promulguées aux droits et libertés constitutionnellement garantis, la nécessité d'assurer une protection effective et efficiente de ceux-ci conduit parfois à leur reconnaître un champ d'application grandissant¹³⁹. Plus prosaïquement, il s'agit peut être également pour le Conseil d'une manière de justifier son existence¹⁴⁰

La Constitution contribue indéniablement à ce phénomène d'inflation des droits et libertés. En organisant un mécanisme de contrôle de conformité des lois aux droits et libertés fondamentaux, sans poser de définition de la catégorie ni en dresser une liste, il laisse aux Sages de la rue Montpensier un large pouvoir d'appréciation tant quant à leur consécration que leur non-consécration. Ainsi, ils considèrent opérant le moyen tiré de la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence, mais inopérant celui tiré d'une atteinte à l'article 14 de la DDHC. En outre, l'incertitude pèse toujours sur la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle. Par ailleurs, en ne fixant aucune règle d'interprétation des textes, la Constitution permet au Conseil de déterminer librement le champ d'application des droits et libertés qu'il consacre. Ainsi, il étend le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs au stade de leur recrutement¹⁴¹, par un raisonnement « logique »¹⁴².

b. L'inflation des fins individuelles du Droit

les théoriciens du droit. Mais le vouloir est indéfiniment extensible, et qui peut être juge de l'intérêt d'autrui ? Le risque, c'est que tout besoin demande à être reconnu comme droit subjectif (...) Plus palpable que le besoin, le désir » ; Terré p. 4 : « Devenu prétexte à la manie de la revendication, ce mot magique de liberté peut couvrir toutes les outrances. Pourquoi pas un droit au soleil ou, si l'on craint le bronzage, le droit à la pluie ? ».

¹³⁹ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8ème éd. revue et augmentée, PUF, Droit fondamental - Classiques, Paris, 2006, p. 231 : « La Cour européenne affirme que, si elle ne doit pas s'écarter sans motif valable des précédents, le souci de garantir l'effectivité des droits est primordial dans l'interprétation de la Convention et qu'il convient de « maintenir une approche dynamique et évolutive » et, en conséquence, de réévaluer « à la lumière des conditions d'aujourd'hui quelles sont l'interprétation et l'application de la Convention qui s'imposent à l'heure actuelle » en telle ou telle matière ».

¹⁴⁰ RIVERO (J.), « La fin d'un absolutisme », in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, p. 135 : « Une institution neuve n'a de chance de durer que si elle apporte la preuve que, loin d'être seulement une composante nécessaire du régime politique auquel elle doit le jour, elle répond à un besoin permanent de la vie de la Cité ».

¹⁴¹ CC, 2010-20/21 QPC, *pré. cit.*

¹⁴² Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 30, p. 6.

Les droits subjectifs, au sens du pouvoir de faire, existaient avant la Constitution de 1958. Ils se distinguaient alors du droit objectif¹⁴³. Cependant, la notion de droits et libertés au sens du texte de 1958 constitue une notion totalement nouvelle, certes parce qu'ils s'avèrent opposables au législateur, mais aussi et surtout parce qu'ils ne supposent pas un rapport à l'autre : la personne possède des droits et libertés parce qu'elle est personne. Il s'agit dès lors de droits purement subjectifs, distincts des droits subjectifs traditionnels comportant un élément objectif¹⁴⁴, une dimension sociale¹⁴⁵. Par conséquent, les droits et libertés constitutionnellement garantis se présentent comme *les droits de la personne*, composante du Droit, caractérisée par ses fins individuelles¹⁴⁶. Partant, le droit constitutionnel impose au législateur sous le contrôle du Conseil de respecter les droits et libertés de chacun.

Les réponses données aux QPC par les juges du Palais Royal témoignent de leur activisme en matière de protection des droits et libertés dits fondamentaux. Ainsi, ils n'hésitent à user de leur pouvoir discrétionnaire pour fixer l'intensité du contrôle de l'atteinte à ces derniers afin d'en garantir l'effectivité. De plus, en émettant des réserves d'interprétation ou en censurant purement et simplement des lois, le Conseil constitutionnel protège les finalités individuelles du Droit, parfois même au détriment de ses finalités collectives. Ainsi, alors même qu'il reconnaît que les réformes de la garde à vue « ont permis une réponse pénale plus rapide et plus diversifiée conformément à l'objectif de bonne administration de la justice »¹⁴⁷, le Conseil constitutionnel censure la loi comme portant une atteinte disproportionnée aux droits de la défense et au principe de rigueur nécessaire. Il module certes les

¹⁴³ CARBONNIER (J.), p. 199 : « le droit objectif est l'ensemble des règles de droit ; le droit subjectif est le pouvoir d'agir reconnu à l'individu, au sujet de droit, par ces règles ».

¹⁴⁴ JOSSERAND (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité - Théorie dite de l'abus des droits*, 2^{ème} éd., Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2006, p. 321 : « à côté de l'élément subjectif qui, à notre avis, subsiste et subsistera toujours, on a vu apparaître l'élément objectif, social, qui se développe rapidement et qui dès maintenant occupe la première place »

¹⁴⁵ CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Vème République*, *pré. cit.*, pp. 122-123 : « il fut un temps, peut être sous l'influence tardive des disciples de Duguit, où l'on présenta volontiers les droits individuels comme doublés d'une fonction sociale qui en neutralisait l'égoïsme. Pour justifier, par exemple, les restrictions apportées de plus en plus à la propriété immobilière, on expliquait que le propriétaire avait une fonction sociale, il devait utiliser sa propriété en harmonie avec l'intérêt général ».

¹⁴⁶ HAMON (L.), « La définition constitutionnelle des droits et des libertés en France », *pré. cit.*, p. 44 : « L'individualisme, un rationalisme et un optimisme foncier sont les marques de cette idéologie (...) Les droits proclamés sont ceux de l'individu en face de l'Etat, c'est la marque d'un individualisme qu'on a pu, plus tard, qualifier et considérer comme caractéristique d'une époque bourgeoise ».

¹⁴⁷ CC, 2010-14/22 QPC, *pré. cit.*

effets de sa décision dans le temps mais le fait est qu'il privilégie la personne gardée à vue au détriment de « la bonne administration de la justice ».

Au terme de ces quelques réflexions premières grandit la tentation de l'agnosticisme doctrinal¹⁴⁸. En effet, le Droit apparaît partagé entre de multiples finalités collectives et individuelles, il semble contraint d'assumer une « médiation »¹⁴⁹. Chargé de contrôler cette dernière par l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel adopte « une démarche pragmatique »¹⁵⁰, qui rend vaine toute tentative de systématisation¹⁵¹. Pourtant, au-delà de la diversité constatée, n'existe-t-il pas une constante dans les finalités immédiatement apparentes du Droit ?

B. La finalité médiate du Droit : les droits des personnes

L'analyse des décisions QPC met en lumière une contradiction inhérente au Droit tel que perçu par la Constitution : le droit des personnes menace les droits de la personne, le Droit menace le Droit. Le Conseil constitutionnel, à l'instar de la Cour EDH, voit dans le Droit la solution à cette problématique : le droit des personnes doit mettre en œuvre les droits de la personne, le Droit doit protéger le Droit.

1. Le Droit contre le Droit

Au lendemain de la Révolution de 1789, la philosophie rousseauiste triomphe. La Loi, expression de la volonté générale connaît « un âge d'or ». Le droit des

¹⁴⁸ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *RGDIP*, 1985, p. 902

¹⁴⁹ FREUND (J.), « Essai de définition du Droit », *pré. cit.*, p. 17-18 : « le droit est la dialectique entre le politique et l'éthique (...) En tant que le droit est médiation, et de ce fait objet d'une dialectique, il n'est pas une essence, c'est-à-dire il n'y a pas une substance du droit, ou encore il est d'ordre relationnel ».

¹⁵⁰ ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 1990, p. 112 : « toute tentative de construire un grand et unique système d'explication se heurte à la démarche essentiellement pragmatique du Conseil constitutionnel ».

¹⁵¹ AGUILA (Y.), *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, *pré. cit.*, p. 88 : « la place du Conseil constitutionnel dans les institutions en fait bien un Tiers par rapport au jeu des acteurs. Il tient le rôle d'un arbitre dans les conflits entre pouvoirs publics, d'une part, et dans l'équilibre entre l'Etat et les individus d'autre part ».

hommes, édicté par les hommes eux-mêmes, est infaillible¹⁵². « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le Maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». L'adoption du mécanisme de la QPC semble définitivement mettre fin à cette conviction, de par son fondement d'une part, de par ses conséquences d'autre part.

- a. Le constat d'oppression des droits de la personne par le droit des personnes : le mal

Il convient d'abord de rappeler les objectifs de la réforme introduisant dans l'ordre juridique français la QPC : « purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles, permettre au citoyen de faire valoir les droits qu'il tire de la Constitution et assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre juridique ». Il s'agit ensuite d'en rappeler les motifs, les idées sous-jacentes, ce qui ne pose guère de difficultés. Les objectifs poursuivis postulent d'une part qu'un certain nombre de lois en vigueur violent des droits et libertés garantis par la Constitution¹⁵³ : cela n'étonne pas¹⁵⁴ lorsque d'aucuns s'accordent à reconnaître que la loi est devenue un acte politique avant d'être un acte de raison¹⁵⁵, d'où son instabilité. Les objectifs avoués de la réforme présupposent d'autre part que les droits et libertés dont la Constitution prescrit le respect représentent « des valeurs stables » : il s'agit là de la logique première du contrôle de constitutionnalité des lois¹⁵⁶. Il convient à ce titre de

¹⁵² RIVERO (J.), « La fin d'un absolutisme », *pré. cit.*, p. 130 : « La loi est l'expression de la volonté générale. Comme tous les citoyens participent à son élaboration, et que nul ne peut vouloir s'opprimer lui-même, elle ne peut, par nature être oppressive ».

¹⁵³ RIVERO, *Préface*, in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, p. 3 : « la nécessaire protection des libertés contre la loi est devenue en France une réalité ».

¹⁵⁴ BIDEGARRAY (C.) et EMERI (C.), « La définition constitutionnelle des droits et libertés en France », *pré. cit.*, p. 19 : « La liberté par la loi, l'apogée du légalisme ne permettent pourtant pas d'ignorer (...) que la loi républicaine trace parfois de rigoureuses et étroites limites à certains droits et libertés de certains groupes et sait se montrer brutalement répressive » ; MACHELON (J.-P.), *Les restrictions aux libertés publiques sous la IIIème République*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1976, 461 p.

¹⁵⁵ RIVERO (J.), « La fin d'un absolutisme », *pré. cit.*, p. 133 : « derrière le mythe de la Volonté générale, l'expérience révèle tantôt la passion d'une majorité plus portée à consolider sa victoire qu'à respecter les droits de la minorité vaincue, tantôt à travers la docilité des élus, la volonté pure et simple de l'Exécutif ».

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 138 : « C'est à elle que la « tradition républicaine », selon la formule de l'avis du Conseil d'Etat du 6 février 1953, confiait, en définitive, la sauvegarde des libertés ; à la loi c'est-à-dire aux passions et aux hasards des majorités successives. Le Conseil constitutionnel a mis fin à cet absolutisme » ; RUBIN (A. B.), « L'interprétation par le juge des règles écrites en droit constitutionnel

souligner qu'une logique exactement inverse justifiait le rejet de tout contrôle de constitutionnalité de la loi¹⁵⁷.

Une fois le mal identifié et le remède prescrit, l'intérêt porte désormais sur les conséquences du traitement, c'est-à-dire sur les réformes induites concrètement par la QPC : la mise en conformité du droit des personnes aux droits de la personne.

b. L'appel au désengagement du droit des personnes : un remède insuffisant

L'idéologie originaire des droits de la personne se résume en deux notions : liberté et égalité. Ils déterminent une sphère d'autonomie pour chacun et postulent l'identité de tous. La conséquence de cette idéologie se veut claire : les droits de la personne arrêtent le droit des personnes, les premiers impliquent une abstention du second¹⁵⁸.

Les réponses données par le Conseil constitutionnel aux QPC témoignent largement de la permanence de l'idéologie et de sa conséquence. Ainsi, la liberté – de se défendre – et l'égalité – des parties à la procédure – interdisent au législateur de priver la partie civile de se pourvoir contre un arrêt de non-lieu de la chambre de l'instruction en l'absence de pourvoi du ministère public¹⁵⁹

Toutefois, le remède ainsi entendu s'avère insatisfaisant : le désengagement du droit des personnes ne suffit pas à garantir un respect effectif des droits de l'homme. Cela se justifie d'une part au regard de la conception constitutionnelle de la démocratie : en raison de la conception qu'il retient de sa propre compétence, le Conseil constitutionnel ne saurait enjoindre au législateur de ne pas intervenir, seules les modalités de son intervention peuvent conduire à une déclaration

louisianais », *Rapport louisianais aux journées de l'association H. Capitant*, Travaux de l'association H. Capitant, t. XXIX, Economica, 1980 p. 210 : « Le véritable objectif d'une Constitution est d'assurer que certaines valeurs durables prévalent contre les humeurs vacillantes du moment ».

¹⁵⁷ RIVERO (J.), « La fin d'un absolutisme », *pré. cit.*, p. 131 : « L'opinion s'est accoutumée à n'y voir que des documents précaires, voués à sombrer avec les régimes qui les avaient élaborés : pourquoi, dès lors, subordonner la loi, qui dure, au respect de la Constitution, qui passe ? ».

¹⁵⁸ ATIAS (C.), *Philosophie du droit*, PUF, Thémis Droit privé, Paris, 2004, p. 245 : « les droits de l'homme (...) ont toujours pour particularité de l'emporter sur les droits subjectifs ; plus fortement fondés, peut être plus parcimonieusement reconnus, ils sont là pour arrêter les puissances, toutes les puissances, celle de l'Etat en particulier ».

¹⁵⁹ CC, 2010-15/23 QPC, *pré. cit.*

d'inconstitutionnalité. Ainsi, l'existence des tribunaux maritimes commerciaux n'emporte pas par elle-même violation de la Constitution. L'inconstitutionnalité résulte de l'absence de dispositions législatives satisfaisant au principe d'indépendance, alors même que des dispositions réglementaires garantissent cette indépendance¹⁶⁰.

Cela s'explique d'autre part le fait que les droits et libertés ne se caractérisent pas davantage que la loi par leur stabilité¹⁶¹. Reflets d'aspirations individuelles, ils demeurent soumis à l'évolution des mœurs et des comportements. Par ailleurs, tout droit et liberté peut se trouver concurrencer par son contraire et être par conséquent potentiellement neutralisé¹⁶². Ainsi, le Conseil constitutionnel estime que la loi peut, s'agissant des conditions de revalorisation des pensions civiles ou militaires de retraite, fonder une différence de traitement sur le lieu de résidence en tenant compte des différences de pouvoir d'achat¹⁶³. La question se pose de savoir *s'il peut faire autrement*. Appliquer un taux identique aux anciens combattants français et aux ressortissants étrangers, comme cela fut un temps envisagé, constitue sans aucun doute une autre atteinte à l'égalité, dans la mesure où les anciens combattants français résidant en France seraient plus ou moins bien traités que les anciens combattants résidants à l'étranger.

En définitive, le désengagement requis du droit des personnes aux fins du respect des droits de la personne ne remédie pas pleinement au mal constaté. L'obligation d'abstention du droit des personnes ne consiste qu'en un premier effet des droits de la personne, qualifié généralement de « négatif » : celui-ci se double d'un autre effet, qualifié de « positif ».

¹⁶⁰ CC, 2010-6/7 QPC, *pré. cit.*

¹⁶¹ HAMON (L.), « La définition constitutionnelle des droits et des libertés en France », p. 62 : « la définition des droits et libertés fondamentales ne peut plus être considérée comme un tâche achevée une fois pour toute par l'œuvre constituante : elle est sans cesse poursuivie par le juge constitutionnel, au contact de l'opinion publique et de la coutume législative, par son pouvoir dit d'interprétation qui est souvent un pouvoir créateur, jamais achevé, la définition des droits et libertés fondamentales est une création continue »

¹⁶² *Ibidem* : « le rôle du juge constitutionnel (...) est aussi un rôle de combinaison entre définitions aux implications contraires : ainsi parfois, des libertés et de l'ordre public, de la propriété et de l'utilité publique, du droit de grève et de la continuité du service public : on parle alors souvent de les concilier –mais il s'agit en réalité d'un dosage des sacrifices imposées à l'une et à l'autre des nitons aux prises, la définition ou plutôt les définitions deviennent un arbitrage ».

¹⁶³ CC, 2010-1 QPC, *pré. cit.*

2. Le Droit par le Droit

Il ne pose guère de difficulté de constater que la décision de conformité ou de non-conformité d'une loi aux droits et libertés constitutionnellement protégés est conditionnée par la présence ou l'absence de garanties légales auxdites prérogatives¹⁶⁴. Par conséquent, la procédure de QPC conduit le Conseil constitutionnel à considérer que la protection des droits de la personne passe par le droit des personnes et exige son intervention « positive ».

- a. Le constat d'affranchissement des droits de la personne par le droit des personnes : la théorie des obligations positives

La protection des droits de la personne ne conduit finalement pas seulement à une exigence d'abstention du droit des personnes mais à une exigence d'intervention, une exigence de mise en œuvre par le droit des personnes. Aussi, le respect du par la Loi aux droits et libertés constitutionnellement garantis passe par l'adoption de garanties légales. Il s'agit de l'avis général d'une condition nécessaire à leur effectivité. N'est-ce pas davantage la conséquence d'une certaine logique ? L'aspiration individuelle devient un droit individuel, le droit individuel contraint le droit collectif d'abord à ne pas entraver l'aspiration sur laquelle il est fondé, ensuite à reconnaître pleinement cette aspiration. Il est une chose d'être toléré, il en est une autre d'être reconnu et protégé. Bref, les droits de la personne semblent interdire au droit des personnes d'interdire, mais aussi lui imposer de reconnaître et protéger¹⁶⁵. Ainsi, la législation relative au concubinage et au pacs résultait d'une volonté politique, elle est devenue une garantie légale du droit de mener une vie familiale normale¹⁶⁶.

¹⁶⁴ VIDAL-NAQUET (A.), *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Ed. Panthéon-Assas, Thèses, Paris, 2007, 671 p.

¹⁶⁵ BIDEGARRAY (C.) et EMERI (C.), « La définition constitutionnelle des droits et libertés en France », *pré. cit.*, p. 23 : « très généralement se pose la question de la contradiction qui résulte de la coexistence d'un statut négatif et statut positif des libertés publiques, du principe d'abstention – « liberté de faire » réservée à l'individu – et du principe d'intervention de la puissance publique – « droit d'exiger » la réalisation d'une liberté ».

¹⁶⁶ CC, 2010-92 QPC, *pré. cit.*

b. L'appel à l'intervention du droit des hommes

Si le respect des droits de la personne implique dans un premier aspect un désengagement du droit des personnes, il exige dans un second aspect son intervention. Autrement dit, si le Droit existe pour le collectif, il ne doit pas en oublier ses membres dans leur individualité. Dès lors, germe et se développe l'idée qu'entre droits de la personne et droit des personnes, le Droit semble avoir choisi une voie médiane : les droits des personnes. Le droit des personnes intervient, non plus seulement par nécessité mais également par contrainte. Conscient de la diversité des vocations des personnes, auxquelles sont progressivement reconnues force juridique sous la forme de droits de la personne, le droit des personnes abandonne l'idée d'imposer un modèle relationnel. La célèbre sentence du doyen Carbonnier « A chacun sa famille, à chacun son droit » semble valide au-delà du droit de la famille : « A chacun sa vie, à chacun son droit » serait-on tenté de dire¹⁶⁷. Est-il encore possible de parler de droit de la famille ? Ne convient-il pas davantage de parler des droits des familles ?

*

**

En définitive, il semble que le mécanisme de la QPC, derrière l'intention de renforcer l'Etat de droit, ouvre potentiellement le chemin à ses excès maintes fois identifiés. Dès lors que le Droit ambitionne de sauvegarder tout les intérêts, à la fois individuels et collectifs, à la fois, le Droit enfle. Sous l'influence des droits et libertés, le Droit nécessite le Droit, il « s'auto-justifie ». L'étude ici menée ne s'en réjouit ni ne le déplore, elle le constate.

La philosophie du droit met depuis longtemps en garde le Droit contre les dangers du panjurisme. « La plus mauvaise République est celle qui a le plus de lois » disait Tacite. Il s'agit seulement d'une opinion, nuancée par Montesquieu

¹⁶⁷ MAUS (D.), « Inflation juridique et développement des normes », *pré. cit.*, p. 378 : « L'inflation législative et réglementaire résulte pour une part de la volonté des individus de pérenniser ou obtenir des situations protégées reconnues et d'autre part des pouvoirs publics qui souhaitent satisfaire certaines demandes. C'est une conséquence des démocraties. Au surplus l'atomisation des sociétés occidentales se traduit par une multiplication de demandes, donc de textes ».

lorsqu'il souligne que « les gouvernements despotiques n'ont besoin que de peu de lois ». A tout le moins, il ne semble pas déraisonnable de penser que toute inflation emporte dévaluation de son objet. Pourquoi en irait-il autrement du Droit ? Le danger se trouve là parce que « tout assujettir au droit, c'est bientôt ne plus rien réellement lui soumettre »¹⁶⁸.

¹⁶⁸ CARCASSONNE (G.), « Société de droit contre Etat de droit », in *L'Etat de droit - Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 37-45.