

Correction examen final TGDLF

Sujet : Commentez ce texte de J. Mourgeon, in Les droits de l'homme, PUF, 2009.

« Parce que « la loi est l'expression de la volonté générale » ainsi que l'énonce la Déclaration de 1789 en répétant Rousseau, on déduit de cet axiome tiré de la théorie du contrat social qu'elle ne saurait opprimer, les conditions qu'elle pose aux droits étant minimales, et les « bornes » qu'elle fixe à leur exercice lointaines. Mais la pratique dément la logique de l'assertion, le mythe se faisant mystification, même dans les sociétés les plus démocratiques. (...) On peut (alors) tenter de limiter les errements du législateur par (...) le contrôle de constitutionnalité de la loi. Soit on fait valoir devant un juge à l'occasion d'un procès (exception d'inconstitutionnalité) l'inapplicabilité d'une loi estimée contraire à la constitution, notamment en ce qu'elle nie ou restreint trop un droit reconnu dans celle-ci. (...) Encore faut-il que l'organe l'utilisant bénéficie d'une suffisante autonomie par rapport aux autorités exécutive et législative, tant par son mode de désignation et ses conditions de fonctionnement que par les modalités de sa saisine. (...) Organe politique puisque composé de neuf membres nommés par tiers par de hautes autorités émanant plus ou moins directement du suffrage (...), le Conseil constitutionnel français jouit d'une certaine indépendance ; d'abord par le fait que ses membres n'encourent aucune responsabilité dans l'exercice de leurs fonctions d'une durée de neuf ans, ce qui, comme on l'a vu plus haut, tend à faire d'eux un « gouvernement des juges » avec les inconvénients qui s'y attachent ; ensuite parce que sa saisine n'est pas seulement aux mains des trois autorités le nommant, mais aussi, depuis 1974, d'au moins 60 députés ou 60 sénateurs.

S'il a remarquablement contribué à l'affirmation constitutionnelle des droits, on peut en revanche trouver à redire quant à sa permissivité ou sa sévérité au regard du législateur restrictif des droits. On sait déjà qu'il refuse de contrôler la conformité de la loi à une convention internationale en vigueur en France. Mais son affabilité à l'égard du législateur va plus loin. En effet, dès lors que les conditions ou limitations imposées par la loi à l'exercice d'un droit ne sont point telles qu'elles priveraient celui-ci de toute effectivité et aboutiraient en fait à anéantir sa reconnaissance et à le nier dans son principe même, elles sont admises sous réserve de ne pas revêtir un caractère discriminatoire

et de ne point excéder le nécessaire. Cette application par le Conseil du principe dit de proportionnalité comme correctif du principe de légalité favorise moins les droits qu'il y semble de prime abord, car si elle empêche des restrictions si générales et absolues qu'elles détruiraient le droit lui-même, elle permet des limitations multiples et strictes dès lors que le Conseil se fait une conception extensive du « nécessaire » ».

Quoi que bien installé en France, le contrôle de constitutionnalité n'en continue pas moins d'être discuté et critiqué. Tantôt la critique s'inscrit dans un registre hostile à l'Etat de droit en dénonçant l'existence d'un gouvernement des juges (exemple de 1993 Aff. dite du droit d'asile), tantôt elle tend à mettre en évidence une timidité excessive des juges constitutionnels indigne d'une véritable juridiction constitutionnelle. Pareille critique a trouvé une résonance particulière à l'occasion des décisions sur la réforme des retraites ou bien encore la dernière loi sur l'immigration. C'est justement dans ce sillage que s'inscrit le texte du professeur Jacques Mourgeon, extrait de son *Que-sais-je ? sur les droits de l'homme* publié en 2009. Il est à relever un contexte particulier puisque l'on sait que la révision constitutionnelle 2008, complétée par la loi organique du 10 décembre 2009, a mis en place la QPC [expliquer en quelques mots]. L'auteur y fait peut-être référence en évoquant l'exception d'inconstitutionnalité. Sur le fond, le propos reste d'actualité car si la QPC a transformé le rôle du CC, de nombreux points n'ont pas été modifiés comme sa composition. La thèse de l'auteur est résolument critique. A ses yeux, la loi expression de la volonté générale est aujourd'hui considérablement limitée par le contrôle de constitutionnalité, mais ce contrôle est jugé lacunaire. Autrement dit, c'est moins le juge constitutionnel que la réalité du contrôle par le Conseil constitutionnel qui est pointée du doigt, ce qui n'est pas sans rappeler la formule du Doyen Rivero : « *filtrer le moustique et laisser passer le chameau* » utilisée pour montrer la bienveillance du CC à l'égard du législateur dans le domaine des DLF. Où l'on voit que la critique est loin d'être inédite. Mais elle a gagné en intensité ces dernières années. Le récent livre publiée récemment par Stéphanie Henneville-Vaucher et Antoine Vaucher *Des juges bien trop sages* en atteste. Elle consiste notamment à souligner les liens entre la composition du Conseil constitutionnel, à propos de laquelle l'auteur est d'ailleurs peu critique, et son contrôle faible sur les atteintes aux droits et libertés.

Ce faisant, la question se pose de savoir comment se déploie le contrôle de constitutionnalité dans le contexte français. Posée en 2009, cette question revient sans cesse à l'ordre du jour. A cette interrogation, Jacques Mourgeon estime qu'un

tel contrôle se révèle nécessaire (I) mais que son exercice réel et concret tend à davantage à conforter la marge d'appréciation des pouvoirs publics qu'à protéger les droits et libertés (II).

I Un contrôle nécessaire de la « loi expression de la volonté générale » par le juge constitutionnel

A Un contrôle pour limiter les errements du législateur

1) Un contrôle visant à corriger les dérives du légicentrisme

- origines du légicentrisme : cf. art 6 DDHC 1789 ; vision émancipatrice de la loi chez Jean-Jacques Rousseau
- Nécessité du contrôle face à la tyrannie de la majorité ; le législateur peut mal faire (expérience de 1933 en Allemagne...)

2) Un contrôle tardif en France

- Contrôle peut prendre plusieurs formes : a priori ou a posteriori ; expliquer la différence.

- en France : contrôle s'est imposé très tardivement à l'initiative du Conseil en 1971 « Liberté d'association » (car ce n'était pas le rôle du CC en 1958 qui est créé dans la logique du parlementarisme rationalisé ; pas de catalogue de droits fondamentaux) ; contrôle d'abord a priori.

B) Un contrôle par un juge constitutionnel indépendant

1) Une indépendance assurée par la composition et le mode de saisine du Conseil

- Le moins que l'on puisse dire est que l'auteur est très optimiste : à ses yeux, les règles de nomination des membres du CC assure leur indépendance, de même que la saisine par les parlementaires (1974 : expliquer la révision constitutionnelle)

- La reconnaissance d'un gouvernement des juges

2) Une indépendance discutable

- Politisation du Conseil avec les nominations d'hommes/femmes politiques sans compétence juridique
- Cela se répercute sur les motivations du CC qui ne sont pas dignes d'une juridiction constitutionnelle (par exemple la décision de 2010 sur l'interdiction du voile intégral)
- quid des Membres de droit ?

II Un contrôle relatif des atteintes aux droits et libertés

A) Une limitation importante de l'office du Conseil

1) L'exclusion du contrôle de conventionnalité

- IVG 1975
- à relativiser car le CC s'appuie beaucoup, implicitement, sur la jp CEDH (par exemple la saga *JMB c. France* ou celle sur la garde à vue en 2010)

2) La focalisation sur un contrôle abstrait de constitutionnalité

Des nuances peuvent être apportées : il y a des éléments concrets notamment dans le cadre de la QPC.

Même en QPC, le contrôle reste abstrait, ce qui ne permet pas une pleine expression du principe de proportionnalité

B) Une bienveillance problématique à l'égard du législateur

1) La multiplication des hypothèses d'atteinte aux droits constitutionnels

- L'auteur a raison de souligner que tous les droits peuvent être limités : au nom de l'ordre public ou intérêt général (cf. cours, les exemples sont nombreux : DC sur la loi séparatisme, loi sur le renseignement ou lors de l'état d'urgence). Les objectifs de valeur constitutionnelle remplissent d'ailleurs cette fonction conciliatrice

- Preuve de cette extension des limitations : même un principe aussi sacré que la dignité est affectée : IVG II 2001

2) La justification fréquente des atteintes par le juge

- Le CC se retranche souvent derrière l'appréciation du législateur : c'est la célèbre formule de 1975 « *considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen* » : ils peuvent faire un parallèle avec la théorie de la MNA dans la jp CEDH
- Triple test de proportionnalité reconnu par le CC (DC rétention sûreté 2008 ou HADOPI 2009) n'est qu'un trompe-l'œil : il sert la plupart du temps à justifier des atteintes : voir les décisions rendues en période d'état d'urgence. La même critique est formulée à l'endroit du Conseil d'Etat