

XIXe Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes

Formes et limites de la déférence judiciaire : le cas des cours constitutionnelles

Les cultures constitutionnelles varient et la perception qu'ont les cours constitutionnelles quant à leur rôle dans une démocratie constitutionnelle affecte l'intensité de leur analyse dans les affaires qui impliquent des droits fondamentaux. De nombreux tribunaux font preuve de déférence judiciaire.

La déférence judiciaire représente un outil juridique inventé par les juges pour maintenir la séparation des pouvoirs et s'abstenir d'intervenir dans des affaires qu'ils considèrent aller au-delà de leur expertise ou de leur légitimité à trancher. L'instrument a surtout été utilisé dans des affaires qui impliquent des droits fondamentaux. Et ce en raison de leur qualité transcendante, de leur capacité à traverser tous les domaines substantiels du processus décisionnel public.

On dit qu'une attitude trop déférente met en danger la prééminence du droit et la séparation des pouvoirs autant qu'un activisme judiciaire excessif. La manière dont les juges exercent leur déférence est donc une question fondamentale de principe constitutionnel, qui concerne le rôle approprié de chaque branche du gouvernement par rapport à des questions importantes de politique publique.

Les questions suivantes cherchent à découvrir les différences entre les manières dont les cours constitutionnelles européennes exercent la déférence judiciaire.

Questionnaire

Pour les rapports nationaux

I. Matières non justiciables et intensités de déférence

1. Qu'entend-on par « déférence judiciaire » dans vos juridictions ?

La notion de « déférence » ne trouve place ni dans la pratique ni dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Plus largement, la déférence, qui peut être définie en français comme une « *considération respectueuse* »¹ ou comme une « *condescendance mêlée d'égards et dictée par un motif de respect* »², échappe au vocabulaire juridique français.

Compte tenu de la place de la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique français, la référence à une telle notion ne peut qu'interroger en son principe même. Le Conseil constitutionnel juge en effet que « *la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* »³. La notion de déférence peinerait à trouver place dans

¹ Trésor de la langue française informatisé, disponible en ligne : <http://atilf.atilf.fr/>

² Dictionnaire Littré, disponible en ligne : <https://www.littre.org/>

³ Décision n°85-197 du 23 août 1985 relative à la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.

l'office du juge constitutionnel, auquel la Constitution impartit le rôle de contrôler que le législateur ne franchit pas les limites résultant de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel ne peut dès lors que requalifier la terminologie du présent questionnaire pour se placer sur le terrain de la limitation de l'office du juge constitutionnel par le Constituant lui-même et, dans des hypothèses déterminées, par sa propre jurisprudence.

Ainsi, il est possible de relever que le Conseil constitutionnel se montre, non déférent, mais respectueux de la liberté d'action du législateur en refusant de trancher des choix qui relèvent par nature de marge d'appréciation de ce dernier, en jugeant que la Constitution « *ne [lui] confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* ».

Néanmoins, le recours jurisprudentiel à cette formule justifiant une autolimitation du juge constitutionnel n'est pas systématique ; il « *prend naissance dans un contexte particulier et ne s'observe que dans un dixième des décisions. [Il] ne peut donc être assimilé à une retenue globale du juge constitutionnel puisqu'il en fait un usage sectoriel et choisit, dans des hypothèses précises, de mettre en avant la différence qui opère entre son pouvoir d'appréciation et celui du Parlement* »⁴.

Un tel énoncé apparaît en présence d'une « question de société », d'une donnée scientifique ou technique indisponible ou lorsqu'est en cause le principe de nécessité des délits et des peines (examen du grief tiré de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen).

Les « questions de société » concernent essentiellement l'état des personnes⁵ et les questions de bioéthique qui engendrent un débat de société tenant à l'évolution des mœurs et impliquent des « *considérations éthiques et sociales* »⁶, lesquelles relèvent de la « *seule* »⁷ appréciation du Parlement. Le Conseil constitutionnel a ainsi « *toujours veillé à ne pas entrer dans un débat qui est philosophique et politique* »⁸.

Diverses formules utilisées par le Conseil constitutionnel renvoient à l'appréciation du Parlement vue comme une limite à la sienne propre. Depuis sa décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, le Conseil constitutionnel affirme régulièrement, selon une formule demeurée intacte depuis lors, que l'article 61 de la Constitution⁹, en vertu duquel il se prononce sur la constitutionnalité des lois avant leur entrée en vigueur dès lors qu'il en est saisi, « *ne [lui] confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* ». Il lui donne uniquement

⁴ M. Talon, « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel », *Revue de droit public*, n° 1, 2020, p. 137

⁵ Comme cela est précisé dans le commentaire de la décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, « *ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, en matière d'état des personnes, le législateur bénéficie d'une large marge d'appréciation* ».

⁶ Cons. const., déc. n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite « anti-Perruche »]*, cons. 14

⁷ *Ibid.*

⁸ V. le commentaire de la décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite « anti-Perruche »]*,

⁹ La même formule trouve également à s'appliquer aux décisions prises sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité en mars 2010.

« compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen ».

Au nombre des « questions de société » auxquelles le Conseil constitutionnel applique la formule précitée, peuvent être citées celles de de l'adoption au sein d'un couple non marié¹⁰, de la pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution¹¹, de l'assistance médicale à la procréation ou du mariage des couples de personnes de même sexe¹².

Lorsqu'il est confronté à une question « scientifique ou technique », le Conseil constitutionnel emploie une formule qui diffère quelque peu : « *Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur* »¹³.

Au nombre des « questions scientifiques ou techniques » auxquelles le Conseil constitutionnel applique cette formulation figurent¹⁴ l'interdiction de commercialisation de tout conditionnement à vocation alimentaire contenant du bisphénol A¹⁵ et la réduction des déchets plastiques¹⁶, la réalisation de tests osseux aux fins de détermination de l'âge¹⁷, l'obligation de vaccination¹⁸ ou encore l'interdiction des néonicotinoïdes¹⁹.

L'« autolimitation » du juge constitutionnel dans son contrôle de l'appréciation du Parlement peut concerner les motifs pour lesquels le législateur adopte un texte, le contenu de ce dernier ou le but qu'il poursuit. En effet, selon sa jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel « *ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* ».

La distinction ainsi établie entre l'office du juge constitutionnel et les prérogatives constitutionnelles du Parlement prévient tout risque de « gouvernement des juges ».

¹⁰ Cons. const., déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, cons. 5

¹¹ Cons. const., déc. n° 2018-761 QPC du 1^{er} février 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*, paragr. 12

¹² Cons. const., déc. n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*

¹³ Formule utilisée par le Conseil constitutionnel pour la première fois dans sa décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 10

¹⁴ V. les commentaires des décisions n° 2018-761 QPC du 1^{er} février 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*, n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *M. Adama S. [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge]* et n° 2019-808 QPC du 11 octobre 2019, *Société Total raffinage France [Soumission des biocarburants à base d'huile de palme à la taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburants]*

¹⁵ Cons. const., déc. n° 2015-480 QPC du 17 septembre 2015, *Association Plastics Europe [Suspension de la fabrication, de l'importation, de l'exportation et de la mise sur le marché de tout conditionnement à vocation alimentaire contenant du Bisphénol A]*

¹⁶ Cons. const., déc. n° 2018-771 DC du 25 octobre 2018, *Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous*

¹⁷ Cons. const., déc. n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *M. Adama S. [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge]*

¹⁸ Cons. const., déc. n° 2015-548 QPC du 20 mars 2015, *Époux L. [Obligation de vaccination]*

¹⁹ Cons. const., déc. n° 2016-737 DC du 4 août 2016, *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*

2. Votre Cour envisage-t-elle un éventail de déférence ? Existe-t-il des zones „interdites”, ou des zones prédéterminées de non-responsabilité, ou des questions non justiciables pour votre Cour (par exemple, des questions morales controversées, des sensibilités politiques, des controverses sociétales, l'allocation de ressources limitées, des implications financières importantes pour le gouvernement, etc.) ?

Cf. la réponse à la question n° 1.

3. Existe-t-il des facteurs qui déterminent comment et quand votre Cour doit faire preuve de déférence (par exemple, la culture et les conditions de votre pays ; les expériences historiques de votre pays ; le caractère absolu ou restreint des droits fondamentaux en question ; la question débattue devant la Cour ; si les circonstances de l'affaire impliquent un changement des conditions sociales et des attitudes) ?

Cf. la réponse à la question n° 1.

4. Existe-t-il des situations dans lesquelles votre Cour a fait preuve de déférence parce qu'elle ne disposait pas de la compétence ou de l'expertise institutionnelle nécessaire ?

Cf. la réponse à la question n° 1.

L'expertise scientifique apparaît essentielle à la création du droit dans certains domaines - notamment dans les domaines sanitaire, environnemental et technologique - comme, parfois, à son application.

Le recours à l'expertise scientifique, en ce qu'elle détermine ou oriente une politique publique, relève d'abord du pouvoir d'appréciation du législateur. Ainsi, à cet effet, le Parlement français s'est doté notamment de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) qui a pour mission d'informer les parlementaires sur les conséquences de leurs choix afin d'éclairer leurs décisions.

Lorsqu'il s'agit de contrôler les choix faits par le législateur face à des situations dont l'appréciation dépend de l'état des connaissances scientifiques, le contrôle du Conseil constitutionnel est limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Pour opérer son contrôle sur la manière dont l'appréciation du législateur a pris en compte les conclusions de l'expertise scientifique, le Conseil constitutionnel peut prendre appui sur le débat contradictoire qui se noue devant son prétoire. Les règlements de procédure du Conseil constitutionnel aménagent en outre la possibilité de mesures d'instruction propres à faire venir jusqu'à lui des expertises.

5. Avez-vous des cas où votre Cour a fait preuve de déférence parce qu'il y avait un risque d'erreur judiciaire ?

Cf. la réponse à la question n° 1.

6. Y a-t-il des cas où votre Cour a fait preuve de déférence en invoquant la légitimité institutionnelle ou démocratique du décideur ?

Cf. la réponse à la question n° 1.

7. „Plus la législation concerne une question de politique sociale publique au sens large, moins le tribunal sera disposé à intervenir.” Est-ce une norme valide pour votre Cour ? Votre Cour partage-t-elle le point de vue selon lequel les questions d'ordre public devraient être tranchées par des processus démocratiques parce que les tribunaux ne sont pas élus et n'ont pas le mandat démocratique de trancher les questions d'ordre public ?

Cf. la réponse à la question n° 1.

8. Votre Cour accepte-t-elle un principe général de déférence dans le jugement des politiques et de la philosophie criminelles ?

L'exigence de la nécessité des peines procède de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Il en est de même de l'exigence de proportionnalité des peines.

Le Conseil constitutionnel n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste de l'adéquation de la sanction à l'infraction : il vérifie ainsi « *l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* »²⁰. Le contrôle ainsi exercé est dit restreint.

9. Il peut y avoir des circonstances plus strictes dans lesquelles le gouvernement ne peut pas divulguer des informations à la Cour, en particulier dans le contexte d'affaires de sécurité nationale impliquant des informations classifiées. Votre Cour a-t-elle déjà fait preuve de déférence pour des raisons de sécurité nationale ?

Le Conseil constitutionnel opère un contrôle dit abstrait des dispositions législatives, qui ne vise pas à trancher un conflit subjectif entre deux prétentions opposées mais à confronter la loi aux exigences de la Constitution.

De par sa nature abstraite, ce contrôle des dispositions législatives n'est pas susceptible de compromettre le caractère secret des informations protégées par le secret de la défense nationale de telle sorte que la question ne se pose pas. Il est ainsi possible de mentionner, à titre d'exemple, que le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2022-987 QPC du 8 avril 2022, a pu examiner les conditions de recours aux moyens des services de l'État soumis au secret de la défense nationale dans le cadre de certaines procédures pénales.

10. Compte tenu du rôle des cours constitutionnelles en tant que gardiennes de la Constitution, devraient-elles interférer avec des politiques publiques prétendument

²⁰ Décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, cons. 7.

inconstitutionnelles lorsque les gouvernements sont passifs dans la mise en œuvre des réformes des droits fondamentaux ?

Cf. la réponse à la question n° 1.

II. Décideur

11. Votre Cour témoigne-t-elle plus de déférence à une loi du Parlement qu'à une décision de l'exécutif ? Votre Cour fait-elle preuve de déférence en fonction du niveau de responsabilité démocratique du décideur initial ?

Le contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel, ainsi qu'il est prévu par les articles 61 et 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, ne porte que sur les actes ayant une valeur législative.

Concernant le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois, c'est-à-dire, avant leur promulgation et leur entrée en vigueur, l'article 61 de la Constitution dispose que « *Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs [...]* ».

Quant au contrôle *a posteriori*, c'est-à-dire, après l'entrée en vigueur de la loi, l'article 61-1 de la Constitution indique que « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé [...]* ». Tel est le fondement constitutionnel de la « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC).

Le Conseil constitutionnel ne connaît pas en principe des actes émanant du pouvoir exécutif, dont le contentieux relève traditionnellement de la juridiction administrative. C'est le Conseil d'État qui est compétent en premier et en dernier ressort pour connaître du contentieux des ordonnances du Président de la République, des décrets, des actes réglementaires des ministres ainsi que des circulaires et des instructions de portée générale.

Le contrôle des ordonnances non ratifiées incorpore néanmoins une exception à ce principe. À l'égard de ce type d'actes, pris par le pouvoir exécutif dans le domaine législatif en vertu d'une habilitation donnée par le Parlement, le Conseil constitutionnel s'est reconnu compétent pour contrôler, par la voie du contrôle *a posteriori* permis par la QPC, la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions d'une ordonnance non

ratifiée, à la double condition que ces dispositions interviennent dans des matières relevant du domaine de la loi et que le délai d'habilitation fixé par le Parlement ait expiré²¹.

12. Quel poids votre Cour accorde-t-elle au processus législatif ? Quelle pertinence juridique, le cas échéant, l'analyse parlementaire devrait-elle avoir pour l'analyse par les juges de la compatibilité avec les droits fondamentaux ?

Le Conseil constitutionnel contrôle la clarté et la sincérité du débat parlementaire. Cette exigence est déduite par le Conseil constitutionnel de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel « *La loi est l'expression de la volonté générale [...]* », et du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, aux termes duquel « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants [...]* ». Il juge que « *ces dispositions imposent le respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire* ».

Le principe de clarté et de sincérité s'impose au débat parlementaire en son ensemble. Il protège la minorité contre les abus éventuels de la majorité mais permet également aux assemblées de mettre en œuvre des procédures destinées à garantir le bon déroulement de leur travail. Le Conseil constitutionnel a intégré le principe de clarté et de sincérité parmi les normes de référence des décisions rendues sur les règlements des assemblées²².

Au nombre des vices pouvant affecter la loi dans des conditions de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel s'attache à vérifier si le législateur a bien épuisé sa compétence. Il peut ainsi être appelé à censurer des dispositions législatives ayant pour défaut de priver de garanties légales ou d'assortir de garanties insuffisantes la protection des droits et libertés protégés par la Constitution.²³

13. Votre Cour vérifie-t-elle si le décideur a justifié sa décision ou s'il s'agit d'une décision que la Cour elle-même aurait rendue si elle avait été le décideur ?

Comme il est indiqué dans la réponse à la question n° 1, le Conseil constitutionnel n'a pas vocation à substituer son appréciation à celle du législateur. Aussi affirme-t-il régulièrement qu'il ne dispose pas d'un « *pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* » et qu'il « *ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* ».

²¹ Cons. const., déc. n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité]*.

²³ Cons. const., déc. n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, cons. 77 à 89.

14. Votre Cour fait-elle preuve de déférence quant à la mesure dans laquelle la décision ou la mesure a été précédée d'une analyse approfondie de la compatibilité avec les droits fondamentaux ? Quelle doit être, par exemple, la profondeur de l'analyse du législateur pour que votre Cour lui donne du poids ?

Cf. les réponses aux questions n° 1 et 17.

15. Votre Cour examine-t-elle si les points de vue opposés ont été pleinement représentés dans le débat parlementaire lors de l'adoption d'une mesure ? Suffit-il qu'il y ait eu un débat approfondi sur le contenu général de la législation, ou faut-il qu'il y ait eu une considération spéciale des implications sur les droits ?

Cf. la réponse à la question n° 12.

16. Le fait que la décision appartienne au pouvoir législatif ou qu'elle ait été prise après des consultations publiques ou des débats publics est-il une preuve concluante de la légitimité démocratique de la décision ?

Cf. les réponses aux questions n° 1 et 11.

III. Le champ d'application des droits, légalité et proportionnalité

17. Votre Cour a-t-elle déjà fait preuve de déférence à l'étape de la définition des droits, en donnant du poids à la définition des droits du gouvernement ou à son application aux faits en cause ?

Lors de l'instruction des affaires, le Conseil constitutionnel prend en considération, dans le cadre de la procédure contradictoire qu'il organise, aussi bien les observations présentées par le Gouvernement que celles présentées par les autres parties. Pour autant, le Conseil constitutionnel reste seul compétent pour apprécier la constitutionnalité des dispositions qui lui sont déférées et ne saurait donc être lié par les éventuelles définitions proposées par le Gouvernement ou par les autres parties.

18. Des droits applicables affectent-ils l'intensité de la déférence ? Votre Cour considère-t-elle que certains droits ou aspects de droits sont plus importants et que, par conséquent, les ingérences dans leur exercice méritent un examen plus rigoureux que d'autres ?

La Constitution française n'a pas établi de hiérarchie formelle entre les différentes normes et les droits et libertés qu'elle garantit.

Le contrôle du Conseil constitutionnel porte donc en large partie sur la conciliation entre ces exigences constitutionnelles, à travers, notamment, le contrôle de proportionnalité.

19. Disposez-vous d'une échelle de clarté lors du contrôle de constitutionnalité d'une loi ? Comment décidez-vous de la clarté d'une loi ? Quand appliquez-vous la règle d'interprétation *In claris non fit interpretatio* ?

Par sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel a consacré l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en jugeant qu'il impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Le législateur doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.

20. Quelle est l'intensité du contrôle de votre Cour au stade de l'établissement du but légitime ?

Si elle est absente en tant que telle de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la notion de buts légitimes paraît pouvoir renvoyer aussi bien à la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle, qui sont déduits par le Conseil constitutionnel et s'imposent au législateur pour le guider dans l'édiction d'une législation conforme à la Constitution, qu'à la notion d'objectifs d'intérêt général.

A titre d'exemples, constituent des objectifs de valeur constitutionnelle « *la lutte contre la fraude fiscale* »²⁴ ou « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* »²⁵.

21. Quel test de proportionnalité votre Cour applique-t-elle ? Votre Cour applique-t-elle toutes les étapes du test classique de proportionnalité (c'est-à-dire satisfaire à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict) ?

Bien qu'aucun texte ne l'impose, le recours au contrôle de proportionnalité innerve largement la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce contrôle consiste à vérifier l'adéquation entre les objectifs de valeur constitutionnelle ou d'intérêt général et les moyens mis en œuvre pour atteindre ces objectifs.

Par sa décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 sur la loi relative à la rétention de sûreté, le Conseil constitutionnel a inauguré un contrôle approfondi de proportionnalité combinant les critères d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité proprement dite, qui se

²⁴ Cons. const., déc. n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Époux P. et autres [Perquisitions fiscales]*, cons. 9

²⁵ Cons. const., déc. n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, cons. 7.

déploie notamment dans le champ des atteintes à la liberté individuelle et à la liberté d'expression.

De telles mesures doivent être adéquates, c'est-à-dire appropriées, ce qui suppose qu'elles soient *a priori* susceptibles de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur ;

Elles doivent être nécessaires au sens où elles ne doivent pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi, d'autres moyens appropriés, mais qui affecteraient de façon moins préjudiciable les personnes concernées ou la collectivité, ne devant pas être envisageables.

Elles doivent enfin être proportionnées au sens strict : elles ne doivent pas, par les charges qu'elles créent, être hors de proportion avec le résultat recherché.

22. Votre Cour passe-t-elle par chaque étape applicable du test de proportionnalité ?

Tel est bien dans le cas dans le champ du triple contrôle, sauf à ce que la mesure législative doive être jugée contraire à un seul des trois critères pris isolément.

23. Existe-t-il des affaires dans lesquelles votre Cour admet que la mesure litigieuse satisfait à une ou plusieurs étapes du test de proportionnalité, même s'il n'y a manifestement pas suffisamment de preuves pour démontrer ce fait ?

Si l'intensité du contrôle de constitutionnalité peut varier comme il a été indiqué dans la réponse à la question n° 22, il ne saurait être question pour le Conseil constitutionnel de considérer que l'une des conditions posées par le « test de proportionnalité » ne peut pas être étayée. À cet égard, il convient de souligner néanmoins que le caractère abstrait du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel (cf. réponse à la question n° 9) rend la question des « preuves » moins pertinente.

24. L'apparition du contrôle de la proportionnalité dans la jurisprudence de votre Cour a-t-elle coïncidé avec l'essor de la théorie de la déférence judiciaire ?

Non. Cf. les réponses aux questions n° 1 et 21.

La formule jurisprudentielle de 1975, qui a accédé au « *panthéon des phrases classiquement attribuées au Conseil constitutionnel* »²⁶, selon laquelle « *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* », « *s'inscrit dans un contexte institutionnel, juridique et politique particulier, propice à son autolimitation* ».²⁷

²⁶ M. Talon, *op. cit.*

²⁷ *Ibid.*

Deux bouleversements successifs sont depuis lors venus profondément modifier la portée du contrôle de constitutionnalité qui était exercé par le Conseil constitutionnel au début des années 1970. La première étape de cette évolution est la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, par laquelle il élève le principe de la liberté d'association au rang des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » mentionné dans le Préambule de la Constitution de 1946. Désormais, son contrôle ne sera plus limité à la lettre de la Constitution de la Ve République ; par référence à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du Préambule de la Constitution de 1946 et des « principes politiques économiques et sociaux nécessaires à notre temps » qu'énonce ce dernier, et depuis 2004, de la Charte de l'environnement, le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle de nouveaux droits. L'ensemble des normes susmentionnées constitue désormais le « *bloc de constitutionnalité* », selon l'expression de Louis Favoreu²⁸.

Ensuite, en ouvrant à une minorité parlementaire la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel, la révision constitutionnelle de 1974, charge « *d'une balle supplémentaire* » le canon braqué vers le Parlement »²⁹, selon l'expression de Charles Eisenmann.

Le premier usage par le Conseil constitutionnel d'une formule justifiant l'encadrement de ses pouvoirs au profit de ceux du Parlement s'explique donc notamment par un certain contexte institutionnel, mais n'a pas à proprement parler coïncidé avec l'apparition du contrôle de proportionnalité dans sa jurisprudence.

25. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle façonné l'approche de votre Cour en matière de déférence ? La doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme sur la marge d'appréciation est-elle l'équivalent national de la marge d'appréciation que votre Cour accorde ? Si non, à quelle fréquence les considérations relatives à la marge d'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme recourent-elles les considérations relatives à la déférence de votre Cour dans des affaires similaires ?

Comme il a été indiqué dans la réponse à la question n° 1, le Conseil constitutionnel, sans faire application d'une notion liée à la déférence, s'attache à assurer le respect du pouvoir d'appréciation et la liberté du législateur en refusant de trancher des choix qui relèvent par nature des prérogatives de ce dernier

En ce qui concerne le contrôle de conventionnalité, par sa décision du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, le Conseil constitutionnel a jugé que, malgré le principe de la primauté des traités sur les lois énoncé par l'article 55 de la Constitution, il n'était pas compétent pour examiner la conformité des lois avec les engagements internationaux de la France et, notamment, avec la Convention européenne des droits de l'homme. En effet il a jugé qu'« *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* ».

²⁸ L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, 1977, pp. 33-48

²⁹ M. Talon, *op. cit.*

Cela étant, même si le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme suivent leur propre trajectoire en toute indépendance, il n'en reste pas moins que les questions posées dans les deux Cours sont très voisines et, en règle générale, il est possible de déceler des convergences entre les réponses apportées.

Les jurisprudences portant sur les exigences d'indépendance et d'impartialité des juridictions, le respect du contradictoire et des droits de la défense, la dignité de la personne humaine, le droit au recours effectif ou encore la portée du principe *ne bis in idem* constituent des exemples de cette résonance. Ce « dialogue sans paroles », permis à travers l'étude des jurisprudences, trouve d'ailleurs son prolongement dans la désignation du Conseil constitutionnel français comme haute juridiction nationale au sens du protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

En ce qui concerne les considérations relatives à la marge d'appréciation que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux autorités des États lors de l'application qu'elles font des obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'homme, même si quelques similitudes conceptuelles abstraites peuvent être conçues *mutatis mutandis* avec le pouvoir d'appréciation et de décision que la Constitution et le Conseil constitutionnel reconnaissent au législateur national, il n'est que de souligner qu'il s'agit de considérations de nature différente, les unes ayant trait au droit international et les autres au droit constitutionnel, à la séparation des pouvoirs et à l'exercice de la souveraineté nationale.

26. La Cour européenne des droits de l'homme avait-elle condamné votre Etat en raison de la déférence dont votre Cour a fait preuve dans une affaire précise, déférence qui en a fait un recours inefficace ?

Non. Cf. la réponse apportée à la question antérieure, n° 25.

IV. Autres particularités

27. À quelle fréquence la question de la déférence se pose-t-elle dans les affaires relatives aux droits de l'homme jugées par votre Cour ?

Cf. la réponse à la question n° 1.

28. Votre Cour est-elle devenue plus déférente avec le temps ?

Cf. la réponse à la question n° 1.

29. L'attitude déférente dépend-elle du nombre d'affaires inscrites au rôle de la Cour ?

Non. Le Conseil constitutionnel ne conçoit guère qu'une corrélation puisse s'établir entre l'intensité du contrôle effectué par une juridiction constitutionnelle et le nombre d'affaires dont elle aurait à trancher.

30. Votre Cour peut-elle fonder ses décisions sur des motifs non avancés par les parties ?
Votre Cour peut-elle recadrer les motifs avancés en vertu d'une disposition
constitutionnelle différente de celle invoquée par le demandeur ?

Tant dans son examen *a priori* que dans son examen *a posteriori* de la constitutionnalité des dispositions législatives, le Conseil constitutionnel peut soulever de lui-même (et donc d'office) des moyens non évoqués par la saisine et statuer sur des dispositions de la loi non contestées par les requérants.

Dans le cadre de l'examen *a priori*, les moyens soulevés d'office découlent de la plénitude de compétence du Conseil constitutionnel et de l'examen complet de la loi qu'il opère dès lors qu'il en est saisi avant son entrée en vigueur. En effet, la saisine du Conseil constitutionnel a pour effet de mettre en œuvre « *la vérification par le Conseil constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déférée y compris de celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine*³⁰ ». Le Conseil constitutionnel peut, dans ce cas, demander au Gouvernement de produire des observations, qui sont versées au débat contradictoire.

Dans le cadre de l'examen *a posteriori* des dispositions législatives, l'article 7 de la décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité dispose que « *les griefs susceptibles d'être relevés d'office sont communiqués aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er} pour qu'elles puissent présenter leurs observations dans le délai qui leur est imparti* ».

L'utilisation de griefs soulevés d'office ne conduit pas nécessairement à une déclaration d'inconstitutionnalité. En effet, le Conseil peut soulever d'office une question de constitutionnalité pour faire ressortir au contraire la conformité à la Constitution d'une disposition législative ou en donner une interprétation conforme à la Constitution pour en préciser les effets³¹.

31. Votre Cour peut-elle étendre son contrôle de constitutionnalité à une autre loi non
contestée devant elle mais liée à la situation du requérant ?

³⁰ V., parmi d'autres formulations similaires, la décision n° 96-386 DC du 30 décembre 1996, *Loi de finances rectificative pour 1996*.

³¹ V. p. ex. la décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993.

Il n'est pas prévu que le Conseil constitutionnel puisse s'auto-saisir, *ab initio* ou au cours d'une procédure déjà entamée, d'une loi qui ne lui a pas été déférée.

Tout au plus, selon une jurisprudence ancienne et surnommée « néo-calédonienne » issue de la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, le Conseil juge-t-il que « *la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine* ».

Le Conseil en fait application pour remédier à une difficulté constitutionnelle préexistant à la loi déférée. Il en va toujours ainsi lorsque la loi nouvelle « modifie » la loi en vigueur sans remédier à son inconstitutionnalité (décisions n° 2012-654 DC du 9 août 2012 et n° 2013-672 DC du 13 juin 2013) et même lorsqu'elle contribue à en limiter l'inconstitutionnalité qui demeure cependant (décision n° 2013-667 DC du 16 mai 2013). La déclaration d'inconstitutionnalité porte alors tant sur la disposition de la loi nouvelle que sur la disposition en vigueur.