

Olivier Beaud & Patrick Wachsmann

OUVERTURE

L'adoption de l'article 61-1 de la Constitution, puis la mise en place de la « question prioritaire de constitutionnalité », comme on l'appelle désormais, ont donné lieu à des célébrations sans nuance du renforcement de la protection des libertés publiques qu'entraînerait cette réforme. Celle-ci, assurait-on presque de toutes parts, étendait la garantie conférée aux libertés par l'intervention du Conseil constitutionnel depuis la décision historique du 16 juillet 1971, en permettant aussi désormais la censure des lois liberticides déjà promulguées. Gagnés par l'émotion collective, ceux-là mêmes qui jugeaient inutile cette extension des pouvoirs du Conseil joignaient leurs acclamations à celles des pouvoirs publics.

Une telle approbation de la réforme entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010 supposait toutefois une confiance dans la capacité du Conseil constitutionnel à être un gardien des libertés publiques. Celle-ci n'aurait dû être accordée qu'après qu'on se serait convaincu que sa composition, la volonté de ses membres, la teneur et l'évolution de sa jurisprudence l'accréditaient suffisamment. Or, il nous a paru frappant qu'un tel examen préalable n'a pas eu lieu, comme si son résultat positif relevait de l'évidence. Sans revenir sur les graves faiblesses que présente la composition du Conseil, tant au niveau de l'insuffisance des règles qui la régissent qu'à celui des choix opérés par les autorités investies du pouvoir de nomination¹ ou sur les édifiantes déclarations faites en février 2010 par l'une des personnes désignées pour siéger au sein du Conseil², il nous

1. V. P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, vol. III, 2011, pp. 103-136.

2. Propos de M. Barrot, reproduits dans *Le Monde* du 25 février 2010. Il opposait la mission de régulation de la vie politique dévolue au Conseil à celle de protection des droits fondamentaux pour justifier la nomination de trois hommes politiques, avant d'ajouter : « Les juristes considèrent un peu que le droit est une fin en soi, tandis que les législateurs sont mieux à même de le ramener à sa

a paru essentiel de partir d'un examen critique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux libertés, afin d'interroger plus généralement cette figure de « gardien des libertés publiques » qu'on lui prête aujourd'hui si généreusement.

Si la décision du 16 juillet 1971 avait été acquise, les délibérations publiées du Conseil l'attestent³, au prix d'un accord difficile sur une conception extensive et assez hardie des corollaires du principe de la liberté d'association, la prudence succède assez vite à cette conquête, par le Conseil, d'une mission de protection des libertés. Moins de dix ans plus tard, l'ambiance a changé : Danièle Lochak intitule avec un point d'interrogation, que l'on s'est permis de reprendre ici, son article traitant des libertés dans le numéro de la revue *Pouvoirs* consacré au Conseil constitutionnel⁴, tandis que la chronique de Jean Rivero sur la décision relative à la loi « sécurité et liberté » comporte un sous-titre, lui aussi interrogatif: « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ? »⁵. Faisant part de son « inquiétude », l'éminent auteur écrit, avec une amère lucidité :

En grossissant le trait, on pourrait se demander si la protection des libertés par le Conseil ne s'avère pas inversement proportionnelle à la gravité des atteintes que leur porte la loi : efficace contre les éraflures, elle serait impuissante contre les mises en question. Selon la formule évangélique, elle « filtrerait le moustique et laisserait passer le chameau ».

La jurisprudence ultérieure n'a pas infirmé, mais au contraire amplement confirmé la justesse de cette analyse de Rivero, en particulier à partir du tout début du vingt-et-unième siècle, le Conseil constitutionnel se montrant de plus en plus soucieux de ne pas contrarier la volonté politique de la majorité. L'accumulation des lois sécuritaires, la multiplication des textes restrictifs visant les étrangers, n'ont fait l'objet que de censures portant sur des points marginaux de leur dispositif, tandis que le contrôle de lois importantes en matière de libertés a donné lieu à des décisions épousant le propos du législateur, plutôt qu'imposant la prééminence de la Constitution.

S'il est certain que cette dernière « ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui

dimension de moyen. »

3. V. B. Mathieu et al. (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, pp. 207 et s.

4. D. Loschak, « Le Conseil constitutionnel protecteur les libertés ? », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 36.

5. *AJDA*, 1981, p. 275.

du Parlement », il l'est non moins qu'elle lui donne « compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen », pour reprendre les termes rituellement utilisés par le Conseil lui-même depuis sa décision du 15 janvier 1975. Or, des décisions évasives et faiblement motivées donnent souvent au lecteur l'impression que le gardien des libertés se dérobe devant la tâche qui lui incombe et répugne à indiquer avec précision quelles sont les exigences que la Constitution fait peser sur la législation ordinaire – ainsi à propos des lois sur la bioéthique ou de la loi pénitentiaire. À chaque fois, le Conseil prend des prises de position décevantes, comme en inverse proportion de l'importance des enjeux.

Ainsi, à propos de la loi relative à la rétention de sûreté, qui marque incontestablement une rupture dans la conception des mesures privatives de liberté, celles-ci étant fondées « non sur la culpabilité de la personne condamnée par la cour d'assises, mais sur sa particulière dangerosité », selon les propres termes employés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 février 2008. Or, du constat qu'il vient de faire, le Conseil déduit l'inapplicabilité à la rétention de sûreté de l'article 8 de la Déclaration de 1789... avant de décider, comme s'il se fût tout de même agi d'une peine, que cette mesure « ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation pour des faits commis antérieurement ». Pour parodier le titre d'un tableau célèbre, le Conseil énonce : ceci n'est pas une peine... Il est précisément permis de trouver particulièrement contestable l'affirmation que n'est pas constitutif d'une peine un supplément de privation de liberté pouvant être imposé à une personne condamnée à une peine de réclusion criminelle d'une durée déterminée. Il aurait fallu interroger en profondeur le sens du principe de légalité des délits et des peines consacré par la Déclaration de 1789, ce qui aurait dû déboucher sur le constat que les mesures prévues par la loi sous examen ne pouvaient se concilier avec ses exigences. Pour reprendre l'analyse d'un pénaliste, Philippe Conte⁶ :

Avec la rétention de sûreté, en effet, la société condamne un homme pour ce qu'il est, non pour ce qu'il a fait, pour le risque qu'il incarne, non pour la faute qu'il a commise ; sans doute un lien entre sa rétention et son crime est-il exigé, mais en réalité l'abîme entre le libre arbitre et le déterminisme a bien été franchi avec l'alibi d'un concept introuvable : qu'est-ce que la dangerosité, d'ailleurs jamais définie par les textes ? On en a la preuve avec

6. « Introduction au bicentenaire du Code pénal », in *La cohérence des châtements. Essais de philosophie pénale et de criminologie* (volume 10), Dalloz, à paraître. Du même auteur, voir aussi la chronique, « Aux fous ! », *Droit pénal*, avril 2008, p. 1.

la possibilité désormais reconnue d'infliger à celui qui a pourtant purgé sa peine une privation de liberté d'une durée sans limite, solution qui, en rompant radicalement avec les principes libéraux, renoue avec l'idée d'élimination (autre manifestation de la loi de l'éternel retour).

Faute d'avoir déclaré applicable l'article 8 de la Déclaration, le Conseil est ensuite contraint de se livrer à un examen de proportionnalité, dont la teneur, mais non la rigueur, est empruntée à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, portant sur le caractère nécessaire de l'atteinte portée à la liberté individuelle. Il s'agit, dit la décision du 21 février 2008, « d'assurer la conciliation entre, d'une part la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties », conciliation dont le Conseil constitutionnel estime en l'espèce que le législateur l'a réalisée d'une manière qui ne heurte pas la Constitution. À esquiver les interrogations fondamentales, on se trouve ramené à la mise en œuvre d'un principe de proportionnalité plus apte, dans l'usage qu'en fait le Conseil constitutionnel, à filtrer les moustiques que les chameaux.

Certains seront tentés de relever qu'en réalité, le Conseil a été habile, en rendant cette décision, dans la mesure où, sans s'opposer de front aux choix du législateur, il les a en réalité privés de toute portée en en différant la mise en œuvre à une date où il est permis d'espérer qu'une nouvelle loi aura abrogé ce dispositif contestable, de sorte que, grâce à ce subterfuge, le filtrage du moustique aura en réalité conduit à celui du chameau. Il est permis de ne pas partager cet enthousiasme pour les habiletés de ce type : leur pragmatisme sert de prétexte pour éluder les questions de principe et ne pas opposer à des tentatives futures de limitation des libertés le rempart d'exigences affirmées avec fermeté. La matière des libertés publiques est-elle un domaine où peut s'appliquer cette sorte de jugement prudentiel, de compromis systématique, où le juge entend satisfaire les deux « parties » en présence⁷ ?

Ce constat vaut d'autant plus, s'agissant de la rétention de sûreté, que ladite « habileté » n'a pas épargné au Conseil constitutionnel une tentative scandaleuse, de la part du président de la République, de contourner la non-rétroactivité des nouvelles mesures, que commandait la décision⁸. Il est, par

7. Pour une critique en ce sens de la décision rendue le 6 août 2010 sur le principe d'indépendance des professeurs d'université, v. l'épilogue de l'ouvrage d'O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Dalloz, 2010, p. 285, en particulier p. 316.

8. Le président de la République demandait au Premier président de la Cour de cassation

ailleurs, déplorable que, sur ce point essentiel, la motivation de cette dernière soit si faible⁹, mais on rejoint ici une critique plus générale.

Pour en donner un exemple plus récent, et toujours dans le domaine du contrôle *a priori*, on prendra la décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, dite « loi anti-burqa ». Sur un problème complexe qui mettait en cause non seulement la liberté religieuse, mais aussi la liberté personnelle et celle d'aller et de venir, la décision frappe par la pauvreté, quantitative et qualitative, de sa motivation, dans laquelle il est très hasardeux de démêler objectifs prêtés au législateur et analyse par le Conseil de la constitutionnalité du texte. Une telle décision est très loin de répondre aux attentes légitimes des citoyens et des juristes.

En choisissant le thème de la journée d'études organisée par l'Institut de recherches Carré de Malberg de l'Université de Strasbourg et l'Institut Michel Villey de l'Université Paris II, nous avons ces données présentes à l'esprit, et aussi de nombreuses conversations qui nous avaient amenés à partager une certaine irritation face à la manière dont le Conseil constitutionnel s'acquitte de sa mission de gardien des libertés publiques. L'entrée en vigueur, le 1^{er} mars 2010, de l'article 61-1 de la Constitution, les premiers pas du Conseil dans l'utilisation de la question prioritaire de constitutionnalité étaient évidemment de nature à relancer la discussion sur ce thème.

Combinant approches synthétique et analytique, nous avons essayé, en donnant à la défense de l'institution de la rue de Montpensier toute la place qui doit être la sienne dans un débat universitaire, de répondre à une question essentielle pour nos libertés. Le lecteur trouvera ci-après le texte des interventions à ce colloque¹⁰. Leur caractère contrasté, la richesse des discussions (non

de « formuler toutes propositions utiles d'adaptation de notre droit pour que les condamnés exécutant actuellement leur peine et présentant les risques les plus grands de récidive puissent se voir appliquer un dispositif tendant à l'amoindrissement de ces risques. » Le rapport rendu suite à cette demande se montre évidemment respectueux de la décision du 21 février 2008, il n'en reste pas moins que l'autorité que l'article 5 de la Constitution charge de veiller au respect de la Constitution a clairement suggéré à l'opinion que le Conseil avait mis en péril la prévention du crime et qu'il était en conséquence légitime de chercher à bafouer sa décision...

9. Ce point est unanimement relevé. Il fait même l'objet d'un commentaire cruel (« La faille dans le raisonnement est béante ») dans un ouvrage en général peu critique envers le Conseil (L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e éd., Dalloz, 2009, p. 824).

10. À l'exception de celle de Guy Carcassonne, qui s'intitulait : « Le Conseil constitutionnel et les libertés ? – Peut mieux faire ».

publiées) auxquelles celles-ci ont donné lieu attestent l'intérêt suscité par le thème de la sauvegarde des libertés et aussi, à nos yeux, l'urgence d'une réforme radicale du Conseil constitutionnel.

Olivier Beaud

Professeur de droit public de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Il est l'auteur notamment aux PUF (coll. « Léviathan ») de *La puissance de l'État* (1994) et de *Théorie de la Fédération* (2007) et chez Dalloz de *Les libertés universitaires à l'abandon ?* (2010).

Patrick Wachsmann

Professeur de droit public à l'Université de Strasbourg, directeur adjoint de l'Institut de recherches Carré de Malberg. Il est l'auteur, notamment, d'un manuel de *Libertés publiques* (Cours Dalloz, 6^e éd. en 2009).