



**HAL**  
open science

**La suprématie constitutionnelle selon le juge  
constitutionnel : maigre avancée pour banale déception.  
Commentaire de la décision 2021-940 QPC du 15  
octobre 2021 "Société Air France"**

Raphaël Déchaux

► **To cite this version:**

Raphaël Déchaux. La suprématie constitutionnelle selon le juge constitutionnel : maigre avancée pour banale déception. Commentaire de la décision 2021-940 QPC du 15 octobre 2021 "Société Air France". Revue française de droit constitutionnel, 2022, 131 (3), 10 p. hal-03767278

**HAL Id: hal-03767278**

**<https://amu.hal.science/hal-03767278>**

Submitted on 30 Sep 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

En ce qui concerne les dispositifs aéroportés, ces derniers « ne peuvent ni procéder à la captation du son ni comporter de traitements automatisés de reconnaissance faciale » en plus de ne pouvoir « procéder à aucun rapprochement, interconnexion ou mise en relation automatisée avec d'autres traitements de données à caractère personnel »<sup>92</sup>. Par une première réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel a alors précisé que ces dispositions ne sauraient autoriser une analyse *a posteriori* des images au moyen d'un autre système automatisé de reconnaissance faciale<sup>93</sup>. Ce qui veut dire qu'une telle analyse des images ne peut être réalisée pendant et après l'opération de surveillance, par le biais de systèmes automatisés ; la captation ne peut être que celle de l'image d'une situation, sans qu'il ne soit permis d'instrumentaliser les données personnelles d'autrui. Il en va également ainsi des caméras embarquées pour lesquelles les Sages reprennent, dans une seconde réserve, une solution analogue<sup>94</sup>.

En conséquence, que retenir de cette décision ? Si l'image est d'une utilité certaine, le paradigme sécuritaire ne saurait conduire à la généralisation des mesures de surveillance. Or, bien que la prudence guide encore pour partie la motivation des Sages, le futur des mesures de surveillance semble progressivement s'esquisser, sacrifiant un peu plus encore la vie privée.

Mario Pirrotta

## Décision 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France*

### LA SUPRÉMATIE CONSTITUTIONNELLE SELON LE JUGE CONSTITUTIONNEL : MAIGRE AVANCÉE POUR BANALE DÉCEPTION

La déception est un sentiment qui ne déçoit jamais, disait Mauriac. La lecture de la jurisprudence récente dans le domaine de l'intégration du droit européen en droit interne ne déçoit pas. Il y a longtemps que constitutionnalistes comme européenistes ont perdu l'espoir d'une jurisprudence claire, cohérente et fondée en droit. À la limite, la décision *Société Air France* du Conseil constitutionnel, rendue le 15 octobre 2021<sup>95</sup>, peut surprendre sur quelques points. Mais il n'est pas certain que ce que l'on appelle désormais le « contentieux de l'identité constitutionnelle » sorte raffermi et éclairci par cette importante décision. Les faits étaient les suivants : la compagnie nationale contestait la constitutionnalité de l'article L. 213-4 du CESEDA<sup>96</sup>, qui impose aux transporteurs aériens de ramener à sa destination d'origine un passager dont l'entrée sur le territoire a été refusée par les autorités françaises. Cette exigence constitue la transposition d'une directive de 2001<sup>97</sup>, qui elle-même précise l'article 26 de la Convention du 19 juin 1990 visant l'application de l'accord de Schengen

92. CSI, art. L. 242-4 al. 2.

93. CC, déc. n° 2021-834 DC du 20 janv. 2022, consid. n° 30.

94. *Ibid.*, consid. n° 54.

95. CC, déc. n° 2021-940 QPC.

96. Cette disposition est désormais reprise à l'article L 333-3 du CESEDA depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 16 décembre 2020.

97. Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001.

du 14 juin 1985<sup>98</sup>. La compagnie qui ne respecterait pas cet article peut se voir infliger des amendes importantes, et c'est d'ailleurs là le fait générateur de l'affaire<sup>99</sup>. Bien que le moyen n'ait pas été soulevé par la société requérante, le Conseil constitutionnel va se positionner sur le champ de l'identité constitutionnelle de la France pour effectuer son contrôle. Suivant une jurisprudence bien connue, la Haute Juridiction interprète depuis 2004 l'article 88-1 de la Constitution, inséré en 1992 lors de la révision « Maastricht », comme fondant la primauté du droit de l'Union européenne (UE) en droit interne<sup>100</sup>. On peut la résumer ainsi : dans le cadre du contrôle *a priori* comme du contrôle *a posteriori*<sup>101</sup>, une loi ne faisant que transposer les « conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive – comme c'était le cas en l'espèce – ne peut pas la contredire<sup>102</sup>, et le juge ne peut pas contrôler sa conformité à la Constitution<sup>103</sup>. Cette jurisprudence s'élargira aux conventions appartenant au domaine de compétence exclusive de l'UE<sup>104</sup>, puis aux règlements<sup>105</sup>. Mais avant cela, une étape importante sera franchie en 2006<sup>106</sup>. S'inspirant de la célèbre formule de l'arrêt *SNIP*, à savoir que le principe de primauté « ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution »<sup>107</sup>, le juge constitutionnel admit alors un seuil à cette immunité constitutionnelle des lois de transposition ou d'application du droit européen<sup>108</sup> : la nécessité que la loi – et donc le droit de l'UE – ne viole pas une « règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »<sup>109</sup>. Ces « PIICF » sont désignés par la doctrine comme une « réserve » ou, plus rarement, comme un « noyau dur » constitutionnel, vocable schmittien s'il en est. Dans notre thèse, nous avons identifié ce type de limite comme des « normes à constitutionnalité renforcée »<sup>110</sup>.

98. La France serait à l'origine de l'article 26, H. Labayle, « Identité constitutionnelle et primauté du droit de l'Union. Libres propos sur une décision récente du Conseil constitutionnel », *Europe*, 2021, n° 12, p. 3.

99. En 2017, Air France fut condamnée à deux amendes pour un montant total de 35 000 €, v. la décision de renvoi CE, arrêt du 9 juillet 2021, n° 450480.

100. CC, déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Économie numérique*.

101. CC, déc. n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *Kamel D.*

102. L'obligation constitutionnelle de transposition d'une directive s'applique uniquement lors du contrôle *a priori*, le Conseil la rejette en contentieux *a posteriori* : CC, déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Jeux en ligne*.

103. En revanche, le juge ordinaire pourra effectuer un contrôle indirect de la norme européenne si une exception d'inconventionnalité est soulevée par rapport à la Charte des droits fondamentaux de l'UE (CDFUE). En cas de doute sérieux, il devrait alors saisir la CJUE.

104. CC, déc. n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, *AECG*.

105. CC, déc. n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Protection des données personnelles*.

106. CC, déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Droit d'auteur*.

107. CE, arrêt du 3 décembre 2001, *SNIP*, n° 226514.

108. *Économie numérique* prévoyait une limite, mais assez mystérieuse : il fallait que la directive ne fasse pas obstacle à « une disposition expresse contraire de la Constitution » (cons. 7).

109. M. Guerrini, *L'identité constitutionnelle de la France. Recherche sur les fonctions de la réserve identitaire dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Aix-Marseille, Thèse dactylographiée, 2014, 574 p.

110. *Les normes à constitutionnalité renforcée. Recherche sur la production du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit constitutionnel », t. 163, 2022, 728 p.

La décision *Air France* s'inscrit dans un contexte politique national bien particulier : celui de la dénonciation de l'ineffectivité des arrêtés de reconduite à la frontière<sup>111</sup> et de la remise en cause de la primauté du droit de l'UE<sup>112</sup>. Le premier explique qu'une pression particulière soit observée sur les compagnies aériennes, le second que les juridictions ressentent un besoin pressant de réaffirmer la suprématie constitutionnelle. Il serait toutefois vain de penser qu'une solution pourrait émerger de ces deux réactions : ce ne sont pas les opérateurs de vol qui sont responsables de l'absence de résultats de la police des étrangers, quant au juge national, il ne peut supprimer la primauté du droit européen d'un coup d'arrêt magique. Dans ce contexte, peu propice aux progrès jurisprudentiels, on souhaiterait proposer au lecteur une analyse théorique de la décision du Conseil constitutionnel<sup>113</sup>. Malgré un sentiment global de déception, elle a quand même réussi à surprendre par deux audaces : le juge a tout d'abord subtilement modifié les bases de sa garantie de l'identité constitutionnelle de la France (A), puis a dégagé formellement le premier PIICF de la V<sup>e</sup> République (B).

## A – UN CONTRÔLE DE L'IDENTITÉ INADAPTÉ

La décision *Air France* réaffirme l'applicabilité des PIICF telle qu'elle est définie habituellement. Une certaine fébrilité s'est peut-être emparée des juges de la rue de Montpensier car, au détour d'un considérant de principe, ils ont, sans s'en apercevoir (?), changé la nature du contrôle identitaire qui était élaboré depuis 15 ans (1). S'il venait à être confirmé, la protection de l'identité constitutionnelle serait profondément atteinte (2).

### 1 – La remise en cause du choix normatif

La décision du 15 octobre 2021 marque une importante évolution par rapport à la jurisprudence rappelée en introduction :

[...] le Conseil constitutionnel n'est compétent pour contrôler la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit que dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, *ne trouvant pas de protection*

111. Selon les chiffres du Sénat, à prendre toujours avec précaution quand il s'agit de police des étrangers, seuls 5,6 % des obligations de quitter le territoire auraient été effectuées en 2021. Il s'agit bien évidemment d'un taux faible dû au Covid, les dernières années oscillaient entre 10 et 15 %, M. Jourda, P. Bonnacarrère, *Avis n° 169 sur le projet de lois de finances pour 2022 par la commission des lois du Sénat*, t. II, p. 9.

112. Il n'est pas nécessaire de rappeler ici la surenchère ahurissante à laquelle se sont adonnés les candidats à la primaire des Républicains pour l'élection présidentielle de 2022. De Michel Barnier – et son incompréhensible « bouclier constitutionnel » – à Valérie Pécresse, la primauté, telle qu'interprétée par les tribunaux nationaux (ou présentée comme telle), a été au centre d'un véritable jeu de massacre.

113. La décision a déjà fait l'objet de nombreux commentaires plus concrets, par ex. M. Verpeaux, « Les résistances de la Constitution française », *JCP G*, 15 novembre 2021, n° 46, p. 2100 *sq.*

*équivalente dans le droit de l'Union européenne*, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France<sup>114</sup>.

L'incise mise en évidence est une nouveauté, ainsi que le souligne le commentaire autorisé<sup>115</sup>. Les observateurs auront reconnu une formule s'inspirant de l'autre aile du Palais-Royal, et de la jurisprudence *Arcelor*<sup>116</sup>. À peine six mois après que le Conseil constitutionnel a rendu sa décision *Droit d'auteur*, le Conseil d'État adoptait une approche différente du contrôle des normes transposant des directives. Si cette différence est toujours évoquée par la doctrine, on est surpris que ne soit pas plus mis en avant l'incroyable revers que constitue *Arcelor* pour le juge constitutionnel<sup>117</sup>.

La jurisprudence constitutionnelle, ainsi que nous l'avons rappelé, se positionne dans une perspective normative. Il est difficile de lire les PIICF autrement que comme les normes suprêmes de l'ordre juridique. En cas de conflit entre une prescription d'origine européenne et une rattachable à l'identité constitutionnelle, c'est un rapport classique de conformité qui permettra de décider laquelle l'emportera sur l'autre. La jurisprudence administrative se positionne quant à elle dans une perspective fonctionnelle. L'instrument dit d'« équivalence des protections » met sur le même plan les normes constitutionnelles et européennes. Si la prescription nationale entre en conflit avec un droit garanti au niveau européen, ce sera toujours celui-ci qui sera appliqué, s'il est consacré de façon équivalente au niveau constitutionnel. Et c'est seulement s'il est absent ou moins protecteur dans l'ordre juridique de l'UE que l'on pourra appliquer les normes constitutionnelles. Il n'y a alors pas de rapport de conformité (hiérarchique) mais de *complémentarité* entre l'ordre juridique européen et celui national<sup>118</sup>. Avec l'entrée en vigueur de la CDFUE, qui est le catalogue de droits fondamentaux le plus avancé de l'Occident (car le plus récent), le risque d'une dissemblance est très faible<sup>119</sup>. Certes, l'équivalence n'est pas juste formelle selon le Conseil d'État puisqu'elle est jugée en fonction de l'interprétation par le juge européen du droit mis en cause et de sa garantie concrète. Mais pour reconnaître une « inéquivalence », il a fallu que sa jurisprudence évolue et dépasse la question des droits fondamentaux pour intégrer les principes constitutionnels. C'est ce qu'il fera avec l'arrêt *French Data Network*<sup>120</sup>, qui précède de quelques mois la 940 QPC, et qui mettra en avant l'exigence de protection de la sécurité nationale.

114. Cons. 13, nous soulignons.

115. Commentaire aux *Cabiers* [en ligne], p. 11.

116. CE, Ass., 8 février 2007, n° 287110.

117. Elle est aussi révélatrice du respect par le Conseil d'État de l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel.

118. Cela ne signifie pas que le contrôle de l'équivalence ne soit pas utile, bien au contraire. Comme structurellement l'ordre juridique européen est incomplet (et ne peut pas devenir complet, tant que l'UE reste une organisation internationale), il est absolument nécessaire que ce contrôle soit effectué.

119. Il semble presque impossible que le juge français constate que la garantie de la CJUE est moins protectrice que la sienne. Les deux ne jugent pas les mêmes normes, les mêmes types de requérants... quant au contexte juridique, il est très différent.

120. CE, Ass., arrêt du 21 avril 2021, n° 393099, cons. 10.

Il est donc incontestable que la décision *Air France* marque un pas vers la jurisprudence *Arcelor* (nous y reviendrons). Le commentaire aux *Cahiers* essaye étonnamment de minimiser celui-ci<sup>121</sup>, mais l'on s'inquiète de la cohérence entre les deux types de contrôle. Le Conseil constitutionnel devra, le plus rapidement possible corriger cette évolution, soit en abandonnant totalement *Droit d'auteur*, soit en y retournant pleinement.

## 2 – L'effectivité du contrôle de l'identité en question

L'incohérence n'est pas la seule crainte soulevée par *Air France*. C'est l'existence même d'une garantie de suprématie constitutionnelle qui est ici en jeu, pour les deux ailes du Palais-Royal<sup>122</sup>. La « complémentarité » est issue d'une ancienne et célèbre jurisprudence allemande, *Solange I*<sup>123</sup>, à une époque où les droits fondamentaux étaient loin d'être protégés par l'ordre juridique européen<sup>124</sup>. Au fur et à mesure que ces derniers y seront intégrés (notamment via la jurisprudence de la CEDH), le Tribunal de Karlsruhe restreindra, petit à petit, son contrôle de l'équivalence des protections<sup>125</sup>. Car la suprématie constitutionnelle ne peut se réduire aux droits fondamentaux, et un nouvel instrument va émerger : l'identité constitutionnelle, consacrée dès *Solange I*<sup>126</sup>, mais opérationnelle à partir de *Maastricht*<sup>127</sup>. Ce nouveau contrôle possède un fondement formel très convaincant : l'article 23 alinéa 1 LF, ajouté en 1992 pour permettre la ratification du traité de Maastricht<sup>128</sup>, et qui renvoie à l'article 79 alinéa 2 et 3 comme norme d'insertion du droit européen en droit interne<sup>129</sup>. Outre-Rhin, le contrôle de l'identité constitutionnelle possède donc les mêmes normes de références que le contrôle des révisions constitutionnelles.

121. Commentaire, p. 8 : l'auteur estime que la 540 DC et *Arcelor* sont elles-mêmes équivalentes.

122. Le Professeur Dubout estime que, par comparaison avec l'Allemagne qui serait « rationaliste », la jurisprudence française, administrative et constitutionnelle, serait caractérisée par « l'opérationnalité », « La manière française de (ne pas) faire du droit européen », *JCP G*, n° 6, 14 février 2022, p. 342. Si l'on n'est pas convaincu par ces deux qualificatifs, ils ont le mérite de mettre en avant l'immense retard que possède la jurisprudence française dans ce champ du contrôle de l'identité.

123. TCA, arrêt du 29 mai 1974, *BVerfGE* 37, p. 271, § 41.

124. Seulement 15 ans auparavant, la Cour de Luxembourg avait refusé de prendre en compte les droits fondamentaux : arrêt du 4 février 1959, *Storck*, aff. n° 1-58. Certes, la jurisprudence *Nold*, qui marquait déjà un virage à 180° par rapport à *Storck*, avait été rendue le 14 mai 1974 (aff. n° 4/73).

125. TCA, arrêt du 22 octobre 1986, *Solange II*, *BVerfGE* 73, p. 339. Il y eut au moins trois autres *Solange* ou qualifiés comme tel par la doctrine, même si la numérotation s'est arrêtée à l'arrêt de 1986. V. arrêts du 7 juin 2000, *Bananenmarktordnung*, *BVerfGE* 102, p. 147 ; du 15 décembre 2015, *Völkerrechtsdurchbrechung*, *BVerfGE* 141, p. 1 et du 6 novembre 2019, *Recht auf Vergessen I*, *BVerfGE* 152, p. 152.

126. Arrêt précité, § 43.

127. TCA, arrêt du 12 octobre 1993, *BVerfGE* 89, p. 155. Le juge n'utilise pas encore l'expression « identité constitutionnelle », mais « identité nationale », v. §§ 90, 109, 161 à 164. Elle prendra toute sa force à partir de l'arrêt *Lisbonne* (décision du 30 juin 2009, *BVerfGE* 123, p. 267).

128. Le pouvoir de révision a alors formalisé l'importante jurisprudence *Eurocontrol I* (décision du 23 juin 1981, *BVerfGE* 58, p. 1).

129. Certes, le mot identité (*Identität*) est absent du texte de la Loi fondamentale.

Par comparaison, le fondement juridique des PIICF est particulièrement boiteux en droit français. Adoptée sous la présidence de Pierre Mazeaud, la décision *Droit d'auteur* avait pu faire naître quelques espoirs chez les juristes qui trouvent le fondement de validité de l'ordre juridique européen – en droit interne – dans la Constitution nationale. Las, le Conseil ne fondera ce contrôle ni sur l'article 89 (auquel il reconnaît une valeur contraignante tout en affirmant la « souveraineté » du pouvoir de révision!)<sup>130</sup>, ni sur l'article 88-1, ni sur aucune autre source de droit national, mais sur l'article 4 § 2 du TUE<sup>131</sup>. Sans doute peut-on expliquer cette attache par la volonté de ne pas s'attirer les foudres des institutions européennes. Il paraît exclu, en revanche, d'y voir la transcription du courant doctrinal, majoritaire chez les européanistes et présent chez les constitutionnalistes, qui pense que l'ordre juridique suprême est celui européen, et non celui constitutionnel (*monisme internationaliste*)<sup>132</sup>. Avouons qu'il n'emporte pas notre adhésion : le contrôle de l'identité constitutionnelle, lorsqu'il est libéral<sup>133</sup>, nous paraît fondé théoriquement puisque c'est l'ordre juridique européen qui est dérivé des ordres juridiques nationaux et non l'inverse<sup>134</sup>. En outre, si la primauté n'est effective qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution, il faut bien que la suprématie constitutionnelle soit fondée sur des normes supérieures à celles posées par le pouvoir de révision. Mais l'on comprend que cette thèse du *monisme constitutionnel* ne puisse convaincre à la lecture de la jurisprudence constitutionnelle, voire qu'elle provoque des réactions épidermiques<sup>135</sup>.

Ce raisonnement contestable – et contre-productif – du Conseil constitutionnel a pour source le rejet d'une analyse purement juridique non seulement des rapports de système, mais aussi des pouvoirs de production constitutionnelle. C'est sans doute ce qui explique la position du Conseil d'État également (la jurisprudence *SNIP* n'est restée qu'un cas isolé)<sup>136</sup>. Il est très peu probable

130. CC, décis. n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Maastricht II*, cons. 19.

131. Si le juge ne le cite pas dans sa « motivation », les commentateurs aux *Cahiers* y font systématiquement référence, v. celui de *Droit d'auteur* (qui fait référence à l'article I-5 du TECE, le traité de Lisbonne n'étant alors pas encore entré en vigueur), p. 3 ou celui de la décision commentée, p. 9.

132. X. Magnon, « Le droit en dehors de l'État et les rapports entre ordres normatifs chez Hans Kelsen » in *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, Mare & Martin, coll. « Le sens de la science », 2019, p. 405 à 428.

133. Il est certain que la diffusion de la jurisprudence allemande a conduit à des excès, dont le plus choquant est l'arrêt du Tribunal constitutionnel polonais du 7 octobre 2021, qui n'a absolument rien à voir avec la question de la suprématie constitutionnelle (ainsi que l'a publiquement dénoncé le Tribunal constitutionnel allemand), mais au rejet des valeurs libérales. Il suffit de lire l'avis du 22 juin 2021 de la Commission de Venise du Conseil de l'Europe (n° 977/2020) pour s'en persuader.

134. Situation qui n'est pas définitive juridiquement, R. Déchaux, « Le pouvoir constituant international. Du discours politique à la proposition juridique », in M. Fatin-Rouge Stefanini (dir.), *Internationalisation du droit constitutionnel et constitutionnalisation du droit international*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. « Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu », n° 4, 2015, p. 81 à 97.

135. Est représentatif de cette (mauvaise) humeur, D. Simon, « Juridictions nationales : virus de l'identité nationale, où est le vaccin ? », *Europe*, n° 12, 2021, n° 11.

136. Aucun arrêt ultérieur du Conseil d'État n'a repris la formule « suprématie de la Constitution ».

que la structure de ces raisonnements change prochainement, d'autant plus qu'avec *French Data Network* et *Société Air France*, les deux juridictions ont écarté l'application du droit européen. Néanmoins, ce résultat – qui satisfera les courants « souverainistes » – n'est pas le fruit d'un véritable contrôle identitaire.

## B – UN CONTENU DE L'IDENTITÉ DISCUTÉ

Les PIICF sont sans doute les seules normes véritablement prétoriennes du droit constitutionnel français, puisque le mot « identité » est absent du texte<sup>137</sup>. Après quinze années passées dans l'expectative, le juge s'est finalement décidé à révéler un premier principe. Toutefois, cette révélation est tout aussi inattendue (1) que contestable (2).

### 1 – Une consécration inattendue

La décision *Air France* a surpris la doctrine en affirmant dans son considérant 15 que « l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la “force publique” nécessaire à la garantie des droits » constitue un PIICF. Cette interdiction est certes issue d'une ancienne jurisprudence administrative<sup>138</sup>, mais elle ne fut constitutionnalisée qu'en 2011 par le Conseil (au visa de l'article 12 de la DDHC)<sup>139</sup>. Plus généralement, l'importance des interdictions de délégation, contrairement à ce qu'affirme le commentaire aux *Cabiers*<sup>140</sup>, fut jusqu'à présent très limitée dans la jurisprudence constitutionnelle puisque, auparavant, seules deux décisions portèrent dessus<sup>141</sup>, ainsi qu'on eut l'occasion d'en traiter ailleurs<sup>142</sup>.

Sur le fond, la privatisation ou l'« externalisation » de la sécurité publique soulève des questions très inquiétantes<sup>143</sup>. On peut donc se réjouir que le

137. Rappelons que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sont cités à l'alinéa 1<sup>er</sup> du Préambule de 1946. Cette remarque ne vaut que d'un point de vue formel. D'un point de vue matériel, nombre de principes ou de droits constitutionnels ont été créés par le Conseil constitutionnel, mais tous se sont vu attribuer un lien – plus ou moins convaincant – avec un élément formel du bloc.

138. CE, Ass., arrêt du 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, n° 12045.

139. CC, décis. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *LOPPSI*, cons. 19.

140. Commentaire, p. 12 à 13. Difficile de parler de jurisprudence « bien établie » lorsqu'on compte seulement deux décisions rendues à 15 mois d'écart et auxquelles le Conseil ne fera plus jamais de mention. V. décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 8. ; et décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, cons. 89.

141. Les deux décisions portaient sur les « tâches inhérentes à l'exercice par l'État de ses missions de souveraineté ». Il s'agissait du « service pénitentiaire » et de la « surveillance de personnes retenues ».

142. « La garantie constitutionnelle de la souveraineté financière à l'épreuve de la “règle d'or”. Étude des rapports entre dette, constitution et souveraineté », in É. Oliva, N. Danelciuc-Colodrovski (dir.), *Dettes, équilibres et Constitutions en Europe*, Paris, LGDJ-IFJD, coll. « Colloques & essais », 2020, p. 102.

143. T. Perroud, « Privatisation, contrats administratifs et droits fondamentaux. L'exemple du marché public du stationnement payant à Paris », *RDLF* [en ligne], chron. 82, 2020.

Conseil constitutionnel ait élevé la valeur juridique de cette interdiction. Si elle ne semble pas spécifique au droit français, il est vrai que l'UE n'a pas une approche comparable<sup>144</sup>, puisque son droit « ignore la notion de police administrative générale, ou toute notion équivalente »<sup>145</sup>. Le commentaire aux *Cahiers* insiste sur ce point<sup>146</sup>, ce qui montre que le juge se projette déjà dans un contrôle de l'équivalence plus que de l'identité.

On peut toutefois s'interroger sur la nécessité concrète de cette élévation. En effet, la décision n'aboutit pas à un contrôle de compatibilité entre l'article L 213-4 du CESEDA et l'interdiction contenue par ce premier PIICF. Le juge a estimé que la loi n'imposait aucune obligation de surveillance ou d'exercice d'une contrainte sur la personne ramenée, et surtout que le commandement de bord conservait la capacité d'expulser celle-ci (considérant 17). Il s'agit donc d'une victoire – à la Pyrrhus<sup>147</sup> ? – pour *Air France*<sup>148</sup>, qui n'est pas le fruit d'un contrôle de l'identité, mais d'une simple interprétation de la portée de la loi. Deux ans auparavant, le juge constitutionnel avait rendu une première décision *Société Air France*, visant l'article L 625-5 du CESEDA où, tout en faisant jouer pleinement la « directive-écran », il avait interprété sa portée en précisant que le législateur n'avait pas tenu à associer les compagnies aériennes au contrôle de l'entrée sur le territoire des étrangers<sup>149</sup>. La décision *Air France II* aurait donc pu être résolue par les mêmes moyens que ceux employés dans la décision *Air France I*.

On relèvera enfin une erreur gênante du Conseil constitutionnel. Alors que l'étudiant de deuxième année connaît la différence entre la police administrative générale et celle spéciale<sup>150</sup>, et que la police des étrangers appartient indiscutablement à la seconde, la décision opère cette grossière confusion<sup>151</sup>. Certes, cela n'entraîne pas de conséquences pour la solution ou le statut du nouveau PIICF<sup>152</sup>, mais elle appelle quand même une rapide clarification. On n'ose

144. Sur le fond il est normal qu'une organisation internationale comme l'UE, qui ne possède aucun organe de coercition ou d'exécution du droit (à part la Commission européenne) ne dispose d'une police administrative générale.

145. G. Eveillard, « Chronique droit administratif », *JCP G*, n° 12, 28 mars 2022, p. 405.

146. Commentaire, p. 16.

147. Elle ne résoudra ni les problèmes de sécurité (de la compagnie), ni le problème d'effectivité du retour (du Gouvernement), J.-E. Schoettl, « L'identité constitutionnelle de la France au prisme de la décision du Conseil constitutionnel n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021 », *Revue politique et parlementaire* [en ligne], 18 octobre 2021.

148. J. Petit, « Police administrative et identité constitutionnelle de la France », *AJDA*, 31 janvier 2022, n° 3, p. 177.

149. CC, déc. n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019, *Société Air France*, cons. 12.

150. R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat Droit Public », t. 1, 15<sup>e</sup> éd., 2003, p. 718.

151. Avec mansuétude, le Professeur Petit interprète la décision comme consacrant « une notion de la police administrative générale, au sens de l'article 12 de la Déclaration de 1789, qui est plus large que celle retenue par le droit administratif » (« Police administrative... », *op. cit.*, p. 176). L'absence de toute référence à cette distinction dans le commentaire tend plutôt à nous convaincre qu'elle a échappé au rédacteur de la décision.

152. La principale distinction étant que la police administrative spéciale possède toujours un fondement législatif, « car elles portent d'une façon ou d'une autre atteinte aux libertés », J. Petit, P.-L. Frier, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Domat Droit Public », 15<sup>e</sup> éd., 2021, p. 348.

relever que, pour une jurisprudence qui se veut identitaire, le juge semble ici bien méconnaître notre tradition juridique.

Comment expliquer dès lors cette première consécration ? Pourquoi, alors que le Conseil était face à *l'application de la même directive*, en a-t-il déduit un PIICF en 2021 et pas en 2019<sup>153</sup> ? Le contexte a dû jouer un rôle déterminant. Tant celui européen, avec le débat sur la décision du Tribunal constitutionnel polonais, que celui national, préalable à la campagne présidentielle, ont pu laisser entendre dans l'opinion que notre identité constitutionnelle était soit mal soit pas du tout protégée par le Conseil constitutionnel. L'arrêt *French Data Network* connaissant une médiatisation inhabituelle<sup>154</sup>, on ne peut s'empêcher de penser que M. Fabius, avec toute la verve communicationnelle – plus ou moins habile<sup>155</sup> – qui caractérise sa présidence, a sans doute voulu « marquer des points » en reconnaissant officiellement un premier PIICF (avec un succès mitigé)<sup>156</sup>.

## 2 – Un premier principe contestable

Gageons que peu d'auteurs n'auraient songé à classer l'exigence issue de l'article 12 de la DDHC parmi les PIICF. Avant leur reconnaissance par la décision *Droit d'auteur*, le Président Mazeaud avait tenté, commentant la décision sur le TECE, d'en tracer les contours :

[...] le droit européen, si loin qu'aillent sa primauté et son immédiateté, ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. Je veux parler ici de tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme « inhérent » : crucial et distinctif. Autrement dit : l'essentiel de la République<sup>157</sup>.

Cette définition a marqué la doctrine<sup>158</sup>, notamment parce que c'est le seul texte « officiel » auquel elle puisse se rattacher. Il existe donc une difficulté méthodologique spécifique à analyser la jurisprudence sur l'identité constitutionnelle. L'absence totale et récurrente de motivation produit toujours la sidération, même pour un juge qui n'a jamais brillé par son argumentation depuis sa création<sup>159</sup>. Chercher un raisonnement juridique ou logique derrière ces déci-

153. On rappellera que la composition du Conseil n'a pas évolué entre les deux décisions.

154. Par ex., « Le droit européen est-il réellement supérieur au droit français ? », *Le Figaro*, 9 octobre 2021.

155. O. Beaud, « Un nouveau site au Conseil constitutionnel. Hélas ! », *JP blog* [en ligne], 1<sup>er</sup> octobre 2018.

156. E. Girard, « Cette récente décision du Conseil constitutionnel qui devrait plaire aux souverainistes », *L'Express*, 20 octobre 2021 ; L. Cyrille, « La Cour de Luxembourg, un pilier de l'Europe dans la tourmente », *Le Figaro*, 19 novembre 2021.

157. CCC, n° 18, 2005. Le commentaire sous *Droit d'auteur* avait rappelé ce discours : « la primauté du droit de l'Union reste inopposable, dans l'ordre juridique interne, aux dispositions de la Constitution française inhérentes à ses structures fondamentales », p. 4.

158. On la retrouve dans chaque commentaire... sans que le nôtre fasse exception !

159. On trouve généralement dans le commentaire aux *Cabiers* les explications juridiques (ce qui est hautement critiquable, c'est un vieux débat). On les chercherait en vain dans les commentaires de la vingtaine de décisions traitant de l'identité constitutionnelle de la France.

sions peut s'apparenter à un pur exercice d'équilibriste où tout n'est que spéculation et arguments subjectifs (et nous ne prétendons pas y échapper). Ainsi, l'ancien secrétaire général du Conseil, Jean-Éric Schoettl (désormais très actif dans les médias sur cette question), a récemment rappelé quelles normes auraient été visées par le juge constitutionnel en 2006 : « il s'agissait en particulier de la laïcité [...] et de l'accès aux emplois publics sur la seule base des vertus et des talents [...] »<sup>160</sup>. On insinuait aussi, à cette époque, que la langue et l'unité de la République en faisaient partie<sup>161</sup>. On éprouve ici les conséquences concrètes du refus du Conseil de rattacher l'identité constitutionnelle à l'article 79 alinéa 3 de la Constitution.

Si, en opportunité, l'interdiction de la délégation à des personnes privées de compétences de police paraît bénéfique, d'autres droits auraient pu s'inscrire dans la catégorie des PIICF. Par exemple, il ne nous semble pas irraisonnable de penser, 7 ans après les attentats de *Charlie Hebdo*, que la liberté d'expression constitue un élément crucial et distinctif de notre identité, peut-être plus que l'interdiction issue de l'article 12 de la DDHC. Pourtant, le Conseil a refusé de la catégoriser ainsi en 2018<sup>162</sup>, au moyen d'un considérant qui montre que le passage du contrôle de l'identité à celui de l'équivalence des protections était alors déjà en germe dans la jurisprudence constitutionnelle<sup>163</sup>. D'autres principes pourraient être intégrés, comme le principe démocratique ou d'autonomie de l'ordre juridique (compétence de la compétence)<sup>164</sup>. Or, c'est là une nouvelle conséquence problématique de la restriction de la QPC à la catégorie des « droits et libertés que la Constitution garantit ». Car les PIICF ont été inventés pour le contrôle *a priori*, et lorsque le Conseil a appliqué *Droit d'auteur* au contentieux *a posteriori*, il a de fait limité le champ de l'identité constitutionnelle<sup>165</sup>. Cette remarque amène d'ailleurs à se demander si notre premier PIICF répond bien au champ de l'article 61-1 de la Constitution. C'est rarement souligné par la doctrine<sup>166</sup>, mais le Conseil constitutionnel n'a pas une approche formelle de cette catégorie, et une proclamation dans le texte de la DDHC n'est pas suffisante pour ouvrir son office. Le Conseil a ainsi écarté de

160. « L'identité constitutionnelle de la France... », *op. cit.*

161. Sur la première, v. CE, avis du 30 juillet 2015, *Projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, n° 390268.

162. CC, décis. n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*.

163. « cette liberté est également protégée par le droit de l'Union européenne, notamment par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », cons. 10. On retrouvait ce raisonnement à propos du principe d'égalité (cons. 38) et de la liberté d'entreprendre (cons. 12). Dans la décision 940 QPC, le juge exclut ainsi le principe d'égalité devant l'impôt, de responsabilité personnelle et du droit à la sûreté (cons. 14). Là où le Conseil d'État effectue un point de contrôle matériel de l'équivalence des protections, le Conseil constitutionnel semble n'opérer qu'un contrôle formel.

164. Principes que l'on retrouve dans la jurisprudence constitutionnelle allemande.

165. Il est tout à fait concevable que le juge constitutionnel distingue l'invocabilité des principes identitaires suivant le moment du contrôle.

166. V. par ex. le commentaire sous l'article 61-1 du *Code constitutionnel* (T. S. Renoux, M. de Villiers, X. Magnon (dir.), Paris, LexisNexis, 10<sup>e</sup> éd., 2020), p. 1287 *sq.* On explique cet angle mort de la doctrine, pourtant peu avare de critiques, par le fait qu'il s'agisse du domaine financier, incompréhensiblement peu prisé des constitutionnalistes.

la QPC l'invocabilité de l'article XIV<sup>167</sup>. Cette approche pourrait être combattue (elle le devrait), mais il importe d'en tirer toutes les conséquences : en quoi l'interdiction de délégation de la police administrative générale constitue-t-elle plus un droit constitutionnel que le droit au consentement à l'impôt<sup>168</sup> ? On regrettera en définitive que, comme le Conseil d'État dans la décision *French Data Network*<sup>169</sup>, le Conseil constitutionnel consacre son premier PIICF dans le champ sécuritaire, même si l'on conviendra qu'il s'inscrit parfaitement dans l'air du temps.

Raphaël Déchaux

167. CC, décis. n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *Kimberly Clark*, cons. 4.

168. Le Conseil a subjectivé cette interdiction, en l'appliquant notamment au droit de la sécurité privé lors de l'entrée dans des manifestations sportives, décision n° 2017-637 QPC du 16 juin 2017, *Association nationale des supporters*, cons. 4 et 5.

169. La dissemblance entre le droit français et celui européen portait alors sur « l'exigence de sécurité nationale ».