

**D'une décision *Société Air France* l'autre**  
**L'article 12 DDHC, source d'un principe inhérent**  
**à l'identité constitutionnelle de la France**

Mathieu Carpentier

La France a donc son « principe inhérent à son identité constitutionnelle ». Dans sa décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France II*, le Conseil constitutionnel a jugé que l'interdiction, qui découle de l'article 12 de la Déclaration de 1789, 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 (ci-après « l'exigence issue de l'article 12 DDHC ») était un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

On sait que dans sa décision *Economie numérique* (Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496, *Loi pour la confiance en l'économie numérique*), complétée et modifiée sur le point qui nous occupe par la décision *Droit d'auteur* (Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins*), le Conseil constitutionnel a déduit de l'article 88-1 de la Constitution une exigence constitutionnelle de transposition des directives. Il a par la suite élargi cette exigence à d'autres actes de droit de l'UE devant recevoir des mesures nationales d'application ou d'adaptation, tels que la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen (Cons. const., 4 avril 2013, n° 2013-314P QPC, *M. Jérémy F.*) ou les règlements européens (Cons. const., 12 juin 2018, n° 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles*). Le Conseil constitutionnel veille au respect de cette obligation constitutionnelle : l'acte européen sert donc de norme de référence par renvoi du contrôle de conformité à l'article 88-1 (de l'article 88-2 en ce qui concerne le mandat d'arrêt européen) de la loi de transposition ou d'adaptation de cet acte.

Quant aux autres exigences constitutionnelles susceptibles d'être invoquées contre la loi de transposition ou d'adaptation, l'acte de droit de l'UE fait écran entre la loi et la Constitution, le constituant ayant entendu, par l'adoption de l'article 88-1 (ou 88-2), lever les obstacles que cette dernière pourrait poser à la transposition de cet acte ou à l'édition de mesures législatives d'adaptation. Le Conseil constitutionnel s'estime donc incompétent pour connaître d'un recours dirigé, indirectement mais nécessairement, contre un acte de droit de l'UE (Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-79 QPC, *M. Kamel D.*). Cet écran n'est susceptible d'être levé que dans deux hypothèses.

La première hypothèse est celle de l'*écran transparent* : elle est réalisée lorsque la loi soumise au contrôle du Conseil ne se contente pas de tirer les conséquences nécessaires de dispositions précises et inconditionnelles de l'acte de droit de l'UE qu'elle est censée transposer ou adapter, soit que l'acte laisse une marge d'appréciation aux autorités nationales, soit que le législateur français ait été au-delà de ce que prévoit, y compris de manière précise et inconditionnelle, l'acte transposé ou adapté (sur cette question de la « surtransposition des directives » v. J. Martinez, « La conception française des “surtranspositions” des directives », *RDP*, 2021/6. 1645). Dans cette hypothèse, le contrôle de constitutionnalité de la loi n'entraîne pas nécessairement un contrôle de l'acte de droit de l'UE lui-même. Il en va de même lorsque l'inconstitutionnalité alléguée n'affecte pas le contenu de la norme, mais la procédure législative ou la compétence du législateur, l'exigence de transposition des directives n'emportant pas de dérogation aux règles de répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire (Cons. const., 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*), ni aux règles relatives à la recevabilité des amendements (Cons. const. 12 mai 2011, n° 2011-629 DC, *Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, cons. 25-28).

La deuxième hypothèse est celle de la *réserve de compétence* : le Conseil constitutionnel recouvre sa compétence lorsque la règle ou le principe dont l'auteur de la saisine ou de la QPC invoque la violation est inhérent(e) à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le Constituant y ait consenti. Cette dernière précision a son importance, comme on le verra. Le contrôle effectué sur les lois de transposition ou d'adaptation d'actes de droit de l'UE se rapproche, comme celui effectué sur les traités, de la théorie de l'aiguilleur : la transposition ou l'adaptation d'une directive ou d'un règlement contraires à un principe ou une règle inhérents à l'identité constitutionnelle de la France (ci-après PRIICF) ne peut donc intervenir que si une révision constitutionnelle intervient pour prévoir une dérogation expresse à ce PRIICF.

C'est cette deuxième hypothèse qui est donc réalisée dans la décision *Société Air France II*, alors que la doctrine avait, depuis 2006, longuement débattu de la consistance de la notion de PRIICF et de l'éventualité d'une application positive de cette dernière par le Conseil. Cette décision suscite néanmoins un certain nombre d'interrogations. Elle intervient très exactement deux ans après une première décision *Société Air France I* (Cons. const., 25 octobre 2019, n° 2019-810 QPC, *Société Air France*), dans laquelle il avait soigneusement évité de se prononcer sur la qualité de PRIICF de l'exigence issue de l'article 12 DDHC, alors que c'était précisément ce que lui demandaient tant les requérants que le Premier ministre en défense. Il

importe donc de se demander quelles sont les raisons (I) de ce retournement de situation et quelle en est la portée (II).

## I. Une décision inévitable

Une partie de la doctrine a pu juger cette décision inattendue (v. notamment l'éclairant commentaire de M. Heitzmann-Patin, « Beaucoup de bruit pour rien ? Quand le Conseil constitutionnel reconnaît l'existence d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », RFDA 2021. 1097). Elle nous semble au contraire inévitable. La décision *Société Air France II* trouve en effet ses racines dans l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat (A), mais également dans les raisons même pour lesquelles le Conseil constitutionnel avait pu éviter la question dans sa première décision *Société Air France* de 2019 (B).

### A. L'aiguillon du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat a récemment complété son approche du contrôle de constitutionnalité des normes de droit de l'UE issue de l'arrêt *Arcelor* (CE, Ass., 8 février 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine*, n° 287110). Dans *Arcelor*, le Conseil d'Etat avait en effet repris une partie du raisonnement adopté par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence *Economie numérique/Droit d'auteur*, en en tirant des conséquences différentes. Il avait en effet accepté l'interprétation de l'article 88-1 de la Constitution comme exprimant une exigence de transposition des directives, mais plutôt que d'évoquer « l'identité constitutionnelle », le Conseil d'Etat avait choisi de mobiliser la notion de protection équivalente : lorsqu'est invoquée à l'encontre d'un acte réglementaire de transposition ou d'adaptation du droit de l'UE un principe constitutionnel qui reçoit une garantie effective équivalente en droit de l'UE, le Conseil d'Etat ne se déclare pas incompétent, mais « transfère » la norme invoquée du droit constitutionnel français vers le droit de l'UE et associe la Cour de justice à son contrôle de l'acte de droit dérivé.

Dans sa récente jurisprudence *French Data Network* (CE Ass., 21 avril 2021, *Association French Data Network et autres*, n° 393099), le Conseil d'Etat a été amené à élargir son analyse à des situations impliquant non pas la transposition ou l'adaptation d'actes de droit de l'UE (ces derniers faisant écran entre l'acte de transposition et la Constitution) mais des actes réglementaires relevant du champ d'application du droit de l'UE. Il tire de ce faisant les conséquences de la politique expansionniste en la matière de la Cour de justice (CJUE, 26

février 2013, *Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10 ; CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16). Lorsqu'il est allégué devant le Conseil d'Etat qu'un acte est contraire au droit de l'UE, mais qu'en défense l'administration soutient que la disparition de cet acte priverait de garantie effective une exigence constitutionnelle, le juge doit adopter le raisonnement d'*Arcelor* et rechercher si cette exigence reçoit en droit de l'UE une protection équivalente. Il s'agit donc d'un *Arcelor* à front renversé. Dans *Arcelor*, le juge administratif contrôle, à la demande du requérant, la constitutionnalité d'un acte exigé par le droit de l'UE ; dans *French Data Network* le juge administratif contrôle le respect du droit de l'UE d'un acte dont le défendeur indique qu'il est exigé par la Constitution.

Une telle hypothèse ne saurait bien sûr se produire devant de le Conseil constitutionnel qui n'apprécie guère la conformité au droit de l'UE des dispositions législatives entrant dans le champ d'application de ce dernier. Cependant, le raisonnement suivi par le Conseil d'Etat au sujet de l'article 12 DDHC est tout à fait instructif. En effet, le Conseil d'Etat effectue un détour par l'article 4 du Traité sur l'Union européenne, qui dispose non seulement que l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres, « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles », mais qu'elle respecte également « les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale », cette dernière restant « de la seule responsabilité des Etats membres ». De cette dernière mention, le Conseil d'Etat déduit, logiquement, que les exigences constitutionnelles relatives à la « sécurité nationale », dont celles issues de l'article 12 DDHC, ne reçoivent pas de protection équivalente en droit français. Cette absence de protection équivalente n'est pas ici simplement *de facto* : elle ne résulte pas simplement de l'absence de normes en droit de l'Union apportant à ces exigences une garantie équivalente. Elle est *de jure* : dès lors que le droit de l'Union laisse aux Etats une compétence exclusive ou essentielles relativement à la sécurité nationale, les dispositions y afférentes en droit constitutionnel interne ne *peuvent* recevoir de protection équivalente en droit de l'UE, bien que ce reconnaisse ne soit pas silencieux à leur sujet (le Conseil d'Etat cite ainsi les objectifs de protection de la sécurité nationale et de lutte contre la criminalité grave qui résultent de la jurisprudence de la Cour de justice). Le Conseil d'Etat tiendra le même raisonnement au sujet du principe de libre disposition de la force armée déduit de l'article 15 de la Constitution dans son arrêt du 17 décembre 2021 (CE Ass., 17 décembre 2021, n° 437125).

Même si le Conseil d'Etat n'emploie pas l'expression « identité constitutionnelle » et fait reposer son analyse davantage sur la réserve de compétence prévue par l'article 4 TUE en ce qui concerne la sécurité nationale que sur la notion d'« identité nationale inhérentes etc. »

mentionnée par ce même texte, il affirme clairement que qu'un certain nombre de principes constitutionnels ne reçoivent pas de protection équivalente en droit de l'UE, dont ceux issus de l'article 12 DDHC. Dès lors que le Conseil constitutionnel analyse désormais l'identité constitutionnelle comme l'absence de protection équivalente (v. *infra*), il pouvait difficilement contredire, sur ce point, son voisin du Palais-Royal.

## B. Le Conseil constitutionnel pris à son propre piège

Dans sa précédente décision *Société Air France*, le Conseil constitutionnel avait pourtant pu éviter cette question. Cependant, c'est précisément le raisonnement qu'il avait alors choisi qui a rendu impossible qu'il l'évitât de nouveau dans sa décision du 15 octobre 2021.

Dans les deux cas, il était question des conséquences tirées par le législateur français de l'article 26 de la Convention du 19 juin 1990 d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 (ci-après « la CAAS » ou « la Convention »), article auquel plusieurs précisions et compléments ont été apportés par la directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001.

Dans la décision de 2019, il était question de l'obligation, prévue par l'article 26.1.b de la CAAS, faite aux transporteurs aériens et maritimes de vérifier les documents d'identité des étrangers qu'ils débarquent sur le territoire de l'un des Etats membres de la zone Schengen, ainsi que des amendes infligées, en vertu de l'article 26.2, aux transporteurs débarquant des étrangers en situation irrégulière. Cette obligation et cette sanction avaient été introduites en droit français (à l'article 20 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945) par l'article 3 de la loi du 26 février 1992, lequel avait également introduit (dans le silence de la Convention) plusieurs causes d'exonération, dans le cas notamment où « les documents requis lui ont été présentés au moment de l'embarquement *ou* lorsque les documents présentés ne comportent pas un élément d'irrégularité manifeste ». L'article 27 de la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration a apporté deux modifications principales à ce dispositif : en premier lieu, il transpose (sur ce point uniquement) la directive de 2001 en venant relever le montant de l'amende susceptible d'être infligée aux transporteurs ; en second lieu, il remplace le « ou » indiqué en italiques ci-dessus par un « et ». L'ensemble des dispositions introduites en 1992 et modifiées en 2003 avaient ensuite été codifiées à droit constant aux articles L.625-1 (principe de l'amende) et L.625-5 (causes exonératoires) du CESEDA (et aujourd'hui aux articles L.821-6 et L.821-8 de ce même Code).

En 2019 deux questions principales se posaient au Conseil. En premier lieu, la Convention de Schengen (qui fait pleinement partie du droit de l'UE au titre de « l'acquis de

Schengen») est-elle concernée par la jurisprudence *Economie numérique/Droit d'auteur* ? Cette question avait été qualifiée de « nouvelle » par le Conseil d'Etat dans sa décision de renvoi (CE, 31 juillet 2019, *Société Air France*, n° 427744). En second lieu le dispositif est-il conforme au principe d'indélégalité des pouvoirs de police administrative générale inhérents à l'exercice de la force publique qui découle de l'article 12 DDHC ? Si la réponse à la première question était positive, le Conseil ne pouvait répondre à la deuxième question qu'en déterminant si l'article 12 était la source d'un PRIICF.

Pourtant, dans sa décision de 2019, le Conseil a choisi de ne pas répondre à la première question. Il a en premier lieu décidé de limiter la question posée par les requérants à la seule cause d'exonération (limitée aux irrégularités non manifestes) prévue à l'article L.625-5, que la question portait sur l'ensemble du dispositif : obligation *plus* amende (L.625-1) *plus* exception pour les seules irrégularités non manifestes (L.625-5). Il a ensuite affirmé que cette disposition était prise pour la transposition de la directive de 2001. Ce raisonnement est très curieux : si la modification du montant de l'amende introduite en 2003 avait bien pour objet de transposer cette directive, le reste du dispositif datait de 1992 (même s'il avait été modifié à la marge en 2003). On a donc une loi venant transposer en 1992 une directive de 2001 ! Et de surcroît, la directive comme la Convention demeurent silencieuses quant aux causes d'exonération. C'est pourquoi le double pas de côté opéré par le Conseil – question limitée aux seules causes d'exonération ; passage par la directive plutôt que par la Convention – lui permet d'éviter d'avoir à se prononcer non seulement sur le statut de la Convention au regard de sa jurisprudence *Economie numérique* mais également sur la nature de PRIICF de l'exigence issue de l'article 12 DDHC. En effet, il est évident que cette disposition ne « tire pas les conséquences nécessaires » des dispositions de la directive, qui ne portent, sur cette question, que sur le montant de l'amende. L'écran étant transparent, il peut appliquer l'article 12 DDHC au fond – et conclure à la conformité. Ceci est d'autant plus remarquable que s'il avait jugé contraire à la Constitution la cause d'exonération, en indiquant que celle-ci devait s'étendre aux irrégularités manifestes, il aurait vidé de sa substance l'ensemble du dispositif (l'exception couvrant alors tous les cas prévus par la règle), et aurait mis la France en porte-à-faux avec ses obligations européennes.

Ce faisant le Conseil constitutionnel met en place les rets du piège dans lequel il sera lui-même pris lors de la décision *Société Air France II* de 2021. Il était ici question de l'obligation, prévue par l'article 26.1.a de la CAAS, faite au transporteur de réacheminer à ses frais l'étranger à qui l'entrée sur le territoire est refusée. Cette obligation a été introduite en droit français – à l'article 35 ter de l'ordonnance de 1945 – par l'article 7 de la loi du 26 février

1992 précitée, puis codifiée à droit constant à l'article L.213-4 du CESEDA (actuel article L.333-3). Suivant le précédent de 2019, le Conseil constitutionnel indique que ces dispositions ont été prises pour transposer la directive de 2001 – le fait qu'elles aient été introduites en 1992 et codifiées en 2004 sans avoir été modifiées depuis 1993 ne semblant pas l'émouvoir particulièrement. Or ici, contrairement à ce qui était le cas dans la décision *Société Air France* de 2019, la directive reprend très clairement, en ses articles 2 et 3, l'obligation posée par l'article 26 de la CAAS. La société Air France faisait certes valoir que l'amende pour défaut de réacheminement n'était pas prévue par les textes européens et que le Conseil pouvait donc lever l'écran et exercer un contrôle ordinaire sur la seule sanction. Sauf à séparer artificiellement l'obligation et la sanction, cet argument ne pouvait prospérer. Le Conseil a donc dû juger que les dispositions contestées « se bornent ainsi à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 28 juin 2001 ». Dans ces circonstances, le Conseil est en principe incompétent, sauf si l'une des normes constitutionnelles invoquées est un PRIICF. Or tel est indéniablement le cas de l'exigence issue de l'article 12 DDHC, pour les raisons qui sont celles avancées par le Conseil d'Etat dans sa décision *French Data Network* précitée : dès lors que le droit de l'UE confère aux Etats compétence exclusive pour déterminer l'exercice de leurs compétences de police administrative, l'exigence issue de l'article 12 DDHC ne saurait recevoir de protection équivalente en droit de l'UE. Elle est donc inhérente à l'identité constitutionnelle de la France.

## **II. Des conséquences limitées**

Les conséquences de cette reconnaissance sont néanmoins limitées. Elle confirme le caractère faible et relatif (termes à prendre en un sens neutre et non nécessairement péjoratif) de la conception que le Conseil constitutionnel se fait de la notion d'identité constitutionnelle, au rebours de certains de ses homologues européens (A). Quant au fond, elle entraîne un contrôle assez timoré de la conformité du droit de l'UE à l'exigence issue de l'article 12 DDHC, ce qui pose la question de son étendue et de sa véritable force contraignante (B).

### **A. Une conception faible et relative de l'identité constitutionnelle**

Le Conseil constitutionnel l'avait déjà affirmé dans une décision de 2018 (Cons. const., 26 juillet 2018, n° 2018-768 DC, *Loi relative à la protection du secret des affaires*) et il explicite pleinement son raisonnement dans sa décision *Société Air France II* : est inhérent à

l'identité constitutionnelle de la France toute règle ou tout principe qui ne reçoit pas en droit de l'Union européenne une protection équivalente. Le Conseil d'Etat, on l'a vu, fait sien ce raisonnement depuis sa décision *Arcelor*, même s'il n'emploie pas la notion d'identité constitutionnelle ; et en trouve les racines dès la décision *Bioéthique* de 2004 (Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-498 DC, *Loi relative à la bioéthique*)<sup>1</sup>. Cette définition a néanmoins de quoi surprendre au regard de l'articulation qui est traditionnellement faite entre standard de protection équivalente et identité constitutionnelle (v. P. Auriel, *L'équivalence des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 279-289).

Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande ou de la Cour constitutionnelle italienne (dont les raisonnements diffèrent sur de nombreux points) la notion d'identité constitutionnelle repose en effet sur une hiérarchisation des principes constitutionnels entre eux. C'est particulièrement le cas dans l'approche de la Cour de Karlsruhe. Chez cette dernière, le standard de protection équivalente joue de manière globale (C. const. féd. all., 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83, *Wünsche Handelsgesellschaft*, dite « *Solange II* ») : dès lors que le niveau global de protection des droits fondamentaux est, en droit de l'Union<sup>2</sup>, équivalent au minimum indispensable garanti par la Loi fondamentale allemande, la Cour renonce à contrôler les actes de transposition ou d'adaptation du droit dérivé de l'UE. Cette équivalence n'est pas calculée droit par droit, mais il s'agit d'un standard global. En revanche, la Cour opère dès son arrêt *Maastricht* (C. const. féd. all., 12 octobre 1993, 2 BvR 2134, 2159/92) puis dans l'arrêt *Lisbonne* (C. const. féd. all., 30 juin 2009, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09) un contrôle de l'identité constitutionnelle, qu'il dérive de l'article 79 al. 3 de la Loi fondamentale, c'est-à-dire de la clause d'éternité, auquel l'article 23 de la Loi fondamentale, qui prévoit la participation de l'Allemagne à l'Union européenne, renvoie expressément. Sont donc inhérents à l'identité constitutionnelle allemande les principes auxquels le pouvoir constituant lui-même ne peut pas toucher, et auquel il ne peut donc avoir dérogé en prévoyant la participation de l'Allemagne à l'Union européenne : le principe fédéral, la dignité de la personne humaine (v. au sujet du mandat d'arrêt européen l'arrêt de la C. const. féd. all., 15

---

<sup>1</sup> Au sujet de la liberté d'expression et de communication, le Conseil constitutionnel avait indiqué que « cette liberté est également protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Il est notable que le Conseil n'utilisait pas alors la notion d'identité constitutionnelle qui date de la décision *Droit d'auteur* de 2006 ; sous l'empire de la décision *Economie numérique*, seule une disposition expresse de la Constitution pouvait faire obstacle à la transposition d'une directive. Au cas d'espèce, le Conseil a jugé que les dispositions législatives contestées se contentaient de tirer les conséquences nécessaires des dispositions précises et inconditionnelles de la directive qu'elles transposaient. La mention de la protection équivalente en droit de l'UE fait donc office d'*obiter dictum* invitant les parties à mieux se pourvoir et à s'adresser au juge communautaire.

<sup>2</sup> Pour des besoins d'uniformisation j'emploie l'expression « droit de l'Union » y compris lorsque j'évoque des périodes où, en rigueur, il faudrait parler de droit communautaire.

décembre 2015, 2 BvR 2735/14 suivi de l'arrêt *Aranyosi* de la CJUE, 5 avril 2016, C-404/15) et le principe démocratique. Ce dernier principe est par ailleurs la source du contrôle de l'*ultra vires* effectué par la Cour (C. const. féd. all., 6 juillet 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*) qui a fait couler tant d'encre, notamment au moment du désormais célèbre arrêt *Weiss* de 2020 (C. const. féd. all., 5 mai 2020, 2 BvR 859, 1651, 2006/15, 980/16). Peu importe que ces principes soient ou non garantis de manière équivalente par le droit de l'UE et la jurisprudence de la Cour de justice : le contrôle de l'identité constitutionnelle est une réserve de compétence dans le cadre d'une protection globale reconnue comme équivalente entre les deux ordres. L'identité constitutionnelle correspond donc à un ensemble de principes constitutionnels supérieurs aux principes « ordinaires » et justifiant que, nonobstant cette protection équivalente globale, la Cour recouvre pleinement sa compétence de contrôle de conformité à la Loi fondamentale des actes de transposition ou d'application du droit de l'UE.

De même en Italie, la Cour constitutionnelle a reconnu très tôt (y compris avant l'arrêt *Nold* de 1974 par lequel la CJCE amorce sa politique jurisprudentielle de protection des droits fondamentaux) une certaine équivalence de protection des droits fondamentaux (C. const. it., 27 décembre 1973, n° 183, *Frontini*, point 9), même si la Cour ne fonde pas explicitement sur ce point la limitation de sa compétence pour contrôler les actes législatifs d'application du droit de l'Union, puisque la Cour admet que le législateur puisse lorsqu'il transpose ou adapte une norme européenne déroger aux normes constitutionnelles (C. const. it., 22 juillet 1976, n° 182, *Regione Sardegna et autres*). En revanche, en application de sa doctrine des « contre-limites », la Cour estime que cette possibilité ne s'étend pas aux principes constitutionnels suprêmes et aux droits inviolables de la personne, auxquels aucune dérogation n'est permise. Ici encore on retrouve une telle hiérarchisation des normes constitutionnelles, qui a trouvé une illustration intéressante dans l'affaire *Taricco* et ses suites (C. const. it., ord., 27 janvier 2017, n° 24, *MAS et MB* ; CJUE, 5 décembre 2017, C-42/17, *MAS et MB*. V. l'étude très éclairante de N. Perlo, « Dualisme adieu ? La nouvelle configuration des rapports entre les ordres italien et de l'Union en matière de droits fondamentaux », *RTD Eur.* 2020. 195).

Les exemples italien et allemand fournissent un contraste saisissant avec l'approche retenue par le Conseil, qui fait désormais sien le raisonnement du Conseil d'Etat dans *Arcelor* (v. F.-X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, LGDJ, 2013, p. 50-55). Au rebours d'une conception robuste et absolue de l'identité constitutionnelle, le Conseil constitutionnel retient une conception faible – car non fondée sur une supériorité des PRIICF sur les autres normes constitutionnelles – et relative – car il suffit que le droit de l'Union protège de manière équivalente tel ou tel principe pour que celui-ci cesse

d'être un PRIICF. Les PRIICF ne sont donc pas, comme en Allemagne, identifiés au moyen de la clause d'éternité de l'article 89 al 5 de la Constitution ; la mention de la possibilité pour le pouvoir constituant de consentir à ce qu'il soit déroger à un PRIICF empêche une telle identification (même si on peut raisonnablement supposer que la forme républicaine du gouvernement de la France ne reçoit pas en droit de l'Union de protection équivalente à celle résultant de la Constitution française, et serait donc un PRIICF auquel le pouvoir constituant ne pourrait pas consentir de dérogation). De la même manière, les PRIICF ne sont pas identifiés comme une catégorie de principes suprêmes ou de droits particulièrement inviolables. L'exigence issue de l'article 12 DDHC n'apparaît guère comme revêtant un statut particulier en comparaison de la liberté d'expression ou de communication ou du principe d'individualisation des peines. Toute règle, tout principe constitutionnel peut devenir inhérent à l'identité constitutionnelle dès lors que le droit de l'Union ne le garantit pas. L'identité constitutionnelle apparaît alors comme l'autre face de la protection équivalente, qui s'apprécie principe par principe, droit par droit. Cela pose la question redoutable, qui s'était déjà posée au Conseil d'Etat dans l'affaire *Arcelor*, de la manière de mesurer, pour un principe ou un droit particulier, l'équivalence d'une protection dans deux ordres juridiques différents, dès lors qu'il est peu vraisemblable que deux juridictions différentes confèrent à un droit donné la même portée. La méthode utilisée par le Conseil pour apprécier l'équivalence des protections principe par principe (ou droit par droit) n'apparaît à vrai dire pas certaine (voir notamment sur le principe d'individualisation des peines, Cons. const., 28 janvier 2002, n° 2021-966 QPC, *Cédric L*).

Les PRIICF sont donc des normes constitutionnelles « comme les autres » – ce n'est ni une catégorie nouvelle de principe constitutionnels, ni un ensemble de normes constitutionnelles supérieures. Cela devrait rendre leur utilisation plus courante – et donc moins conciliante avec le droit de l'UE – qu'en Allemagne ou en Italie. Or non seulement il n'en est rien, mais il n'est pas davantage certain que la qualification de PRIICF leur confère une protection accrue au regard des autres normes de référence du contrôle de constitutionnalité. On constate en effet que la mobilisation, par le Conseil constitutionnel, de l'article 12 DDHC dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité de normes issues du droit de l'Union a abouti, en 2019 puis en 2021, à un certain affadissement de l'exigence issue de cet article 12 DDHC. Paradoxalement, la reconnaissance du caractère de PRIICF entraîne une certaine retenue du contrôle.

## B. Un contrôle au fond timoré

L'article 12 DDHC traduit une conception de la « force publique » qui nous paraît, à bien des égards, étrange aujourd'hui. La conception libérale qui guide notre droit de la police administrative repose sur le postulat selon laquelle cette dernière est par nature liberticide, ce pourquoi l'atteinte aux libertés produite par l'action de police doit être soigneusement proportionnée aux besoins de l'ordre public. Ce dernier, qui fournit à la police administrative sa finalité, revêt un caractère essentiellement objectif. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, ne constituant ni un droit ni une liberté garantis par la Constitution, n'est pas susceptible d'être invoqué à l'appui d'une QPC (Cons. const., 17 octobre 2014, n° 2014-422 QPC, *Chambre syndicale des cochers chauffeurs CGT-taxis*).

L'article 12 DDHC semble donner à la « force publique » une finalité différente, qui est précisément la « garantie de la garantie » des droits. Si on met de côté l'existence même d'une force publique – qui n'est pas en cause *a priori* – sa portée normative pouvait donc sembler incertaine. Elle a désormais été fixée par la décision *LOPPSI II* de 2011 (Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-615 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*) qui vient prendre le relais d'une jurisprudence assez éparse sur l'indélégalité des fonctions inhérentes à l'exercice de la souveraineté (Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC ; Cons. const., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC ; Cons. const., 22 mars 2012, n° 2012-651 DC) : il se déduit de l'article 12 DDHC l'interdiction faite aux personnes publiques de déléguer à des personnes privées les pouvoirs de police administrative inhérente à l'exercice de la force publique nécessaire à la garantie des droits. La raison de cette déduction n'est pas claire ; de fait l'article 12 se contente de fixer une finalité à l'action de police (« l'avantage de tous », et non « l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ») mais demeure silencieux quant à son titulaire. Dans les deux affaires *Société Air France*, les pouvoirs conférés à la société requérante n'étaient d'ailleurs pas institués pour son utilité particulière, puisqu'elle souhaitait au contraire s'en débarrasser.

Toujours est-il que l'article 12 s'identifie désormais à cette exigence inspirée de la célèbre jurisprudence *Castelnaudary* du Conseil d'Etat (CE Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, n° 12045). Dans sa décision *LOPPSI II*, le Conseil constitutionnel a ainsi pu déclarer contraires à la Constitution des dispositions législatives qui permettait à des personnes privées d'installer sur la voie publique des systèmes de vidéo-surveillance au-delà des abords immédiats de leurs bâtiments ou installations et d'exploiter les images qui en résultent pour le compte de la personne publique, dès lors que ces dispositions avaient pour effet de déléguer à des opérateurs privés des compétences de police administrative générale. Dans sa décision

*Association nationale des supporters* de 2017 (Cons. const., 16 juin 2017, n° 2017-637 QPC), le Conseil a implicitement jugé que l'exigence issue de l'article 12 était invocable en QPC, ce qui ne laisse guère d'étonner.

Après une unique censure prononcée en 2011 sur le fondement de cette exigence, le Conseil constitutionnel a semblé en restreindre progressivement son champ d'application. Le Conseil a ainsi pu admettre la licéité de telles délégations lorsque le délégataire agit sous l'étroit contrôle d'un officier de police judiciaire (Cons. const., 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC *M. Rouchdi B. et autre*) ou encore qu'il n'exerce les compétences déléguées qu'à proximité des biens dont il a garde et dans le seul but de prévenir des actes terroristes (Décision n° 2021-817 DC du 20 mai 2021, *Loi pour une sécurité globale préservant les libertés*).

La reconnaissance de la qualité de PRIICF à l'exigence issue de l'article 12 aurait pu amener le Conseil constitutionnel à renforcer son contrôle, à l'instar de ce que font les Cours allemande ou italienne sur les principes les plus fondamentaux de leur ordre juridique. Il n'en est rien. Au contraire, cette reconnaissance entraîne paradoxalement à un surcroît de timidité. Dans la décision *Société Air France* de 2019, le Conseil n'avait pas eu à effectuer une telle reconnaissance. Cependant une censure aurait eu pour effet d'entraîner la violation par la France de l'obligation, résultant du droit de l'UE, de sanctionner les transporteurs ne vérifiant pas les documents d'identité ou de voyage des étrangers qu'ils transportent. A vrai dire les arguments retenus par le Conseil n'emportent pas pleinement la conviction. Selon lui le fait que la vérification qu'il incombe au transporteur de réaliser soit limitée aux irrégularités manifestes traduit le fait que celui-ci n'est pas associé « au contrôle de la régularité de ces documents effectué par les agents de l'État en vue de leur délivrance et lors de l'entrée de l'étranger sur le territoire national ». Comme nous avons pu le relever dans une précédente étude (M. Carpentier « Plénitude de compétence, vacuité de son exercice », RFDA 2020. 184) ce raisonnement confond l'étendue (ou l'intensité) d'un contrôle et la nature de celui-ci<sup>3</sup> : un contrôle limité à l'erreur manifeste est bien de la même nature qu'un contrôle normal ou renforcé. Et ce d'autant plus que le caractère manifeste d'une irrégularité est loin d'être lui-même manifeste et fait l'objet d'une appréciation variable du juge administratif. Au cas d'espèce, l'irrégularité que n'avait pas relevée la société requérante au moment de la vérification du document de voyage avait échappé à l'attention des autorités consulaires qui avaient délivré aux intéressés un visa...

Cette timidité est également présente dans la seconde décision *Société Air France*, qui reconnaît à l'exigence de l'article 12 la qualité de PRIICF. En l'espèce ce n'était pas l'obligation

---

<sup>3</sup> On pourrait *mutatis mutandis* en dire de même de la position du Conseil constitutionnel relative au « passe vaccinal » (Cons. const., 21 janvier 2022, n° 2022-835 DC).

de réacheminement qui était en tant que telle contestée par la société requérante au regard de l'article 12 DDHC (même si elle l'était par ailleurs au regard du principe d'égalité devant les charges publiques, grief que le Conseil constitutionnel n'a pas examiné puisqu'il n'engageait pas un PRIICF). La société requérante contestait bien davantage le fait que les dispositions législatives contestées créant une obligation de résultat à la charge du transporteur, celui-ci doit exercer sur les passagers en question une contrainte physique lorsqu'ils se montrent récalcitrants ou agités, sauf pour le commandant de bord à les débarquer et à encourir l'amende pour défaut de réacheminement. C'est pourquoi les compagnies aériennes ont typiquement recours à des agents de sécurité privée afin d'assurer la sécurité à bord lorsqu'ils remplissent leur obligation de réacheminement. C'est ici que se posait, aux yeux de la société requérante, la question de la conformité à l'exigence de l'article 12. Ici encore la réponse du Conseil peine à convaincre véritablement : il affirme que « les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de mettre à la charge de ces entreprises une obligation de surveiller la personne devant être réacheminée ou d'exercer sur elle une contrainte, de telles mesures relevant des seules compétences des autorités de police ». Autrement dit, les transporteurs peuvent se passer de l'adjonction d'agents de sécurité privés : ils peuvent simplement débarquer l'étranger à réacheminer et encourir l'amende. Le Conseil indique en effet que le commandant de bord conserve la faculté de débarquer une personne présentant un danger pour la sécurité de l'aéronef, sans assortir ce brevet de constitutionnalité d'une réserve d'interprétation disposant qu'en ce cas le transporteur ne saurait encourir l'amende prévue par le CESEDA, ce qui aurait constitué, aux yeux de la société requérante, une satisfaction équitable. Une telle réserve d'interprétation aurait permis d'éviter le recours à des agents de sécurité privée, et aurait par conséquent permis d'assurer le plein respect de l'article 12 DDHC.

\*\*\*

En somme la conclusion qu'il convient de tirer au sujet de la seconde décision *Société Air France* est la même que celle que nous formulions au sujet de la première. Tout comme, dans la première, la levée de l'écran normatif, la reconnaissance, dans la seconde, du caractère de PRIICF à l'article 12 permet au Conseil de recouvrer l'intégralité de sa compétence. La volonté manifeste de ne pas priver d'effectivité les règles du droit de l'Union en cause amène le Conseil à faire preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son contrôle même lorsque – comme c'est le cas dans la décision de 2021 – une réserve d'interprétation aurait suffi. Cela doit amener en tout état de cause à nuancer très fortement les interprétations alarmistes – ou,

dans le camp souverainiste, enthousiastes – de la décision *Société Air France II*. Le spectre de la décision K3/21 du 7 octobre 2021 du Tribunal constitutionnel polonais, ou même celui de l'arrêt *Weiss* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, paraissent bien éloignés.