

# Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ?

Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN - Professeur de droit public à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Directeur du Centre d'études et de recherches comparatives sur les Constitutions, les libertés et l'État (C.E.R.C.C.L.E.)

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 29 (DOSSIER : LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ)  
- OCTOBRE 2010

Article issu d'une conférence prononcée le 10 mars 2010 au Conseil constitutionnel. <sup>(1)</sup>

L'égalité, longtemps envisagée comme un concept philosophique, un commandement chrétien ou encore un idéal politique, a achevé sa mue en devenant en droit français un principe à valeur constitutionnelle, c'est-à-dire une norme juridique à part entière. À vrai dire, ce processus a été entamé dès 1789 car, comme l'a souligné Maurice Hauriou, l'égalité a sans aucun doute représenté « la force agissante dans la Révolution » <sup>(2)</sup>. De la même manière qu'aux États-Unis la Déclaration d'indépendance constitue assurément l'acte fondateur de la Nation américaine, en France c'est le décret d'abolition des privilèges adopté lors de la nuit du 4 août 1789 qui, en permettant l'adoption de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen quelques semaines plus tard, va faire levier et ainsi permettre le basculement de l'ordre juridique ancien. C'est dire l'importance, voire la prééminence, dans l'ordre juridique français de ce principe que l'on peut considérer, non seulement comme un élément central de l'« identité constitutionnelle de la France », mais aussi comme l'un des principaux piliers de l'État de droit.

Néanmoins, il aura fallu attendre la grande décision du Conseil constitutionnel du 27 décembre 1973, « *Taxation d'office* » <sup>(3)</sup>, pour que la haute juridiction en fasse enfin un paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois. Ce mouvement ne s'est pas démenti depuis lors puisque, désormais dans près d'une décision sur deux rendue par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori* de l'article 61 de la Constitution, il est fait application du principe d'égalité. Cette tendance à l'expansion continue du principe constitutionnel d'égalité envisagé en tant que droit fondamental est également observable dans la jurisprudence de la plupart des juridictions constitutionnelles européennes, notamment, en Allemagne, en Autriche, en Belgique ou en Italie. Elle est essentiellement due au fait que le principe d'égalité occupe une place singulière parmi les droits fondamentaux : l'égalité constitue à la fois un droit fondamental en soi et une condition d'exercice d'autres droits fondamentaux, autrement dit une sorte de « droit-tuteur » nécessaire à la mise en œuvre des autres droits fondamentaux <sup>(4)</sup>.

Aussi, la question à laquelle cette intervention va s'efforcer de répondre est celle de savoir si le formidable succès rencontré par le principe d'égalité sur la scène de l'article 61 de la Constitution va être renouvelé, voire amplifié, sur la scène toute récente de l'article 61-1 de la Constitution adopté à l'issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. En effet, la reconnaissance aux justiciables depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010 de la faculté de formuler des questions prioritaires de constitutionnalité est soumise au respect d'un certain nombre de pré-requis. Le premier d'entre eux étant qu'il soit soutenu qu'une disposition législative « porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Or s'il ne fait aucun doute que le principe constitutionnel d'égalité fait bien partie de cette catégorie générique des « droits et libertés que la Constitution garantit », il reste à déterminer quelle place il occupera dans le contentieux constitutionnel naissant de la question prioritaire de constitutionnalité. Ceci est d'autant plus crucial que l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité soulève un certain nombre d'interrogations, le plus souvent liées à la nouveauté en France d'un tel mécanisme de contestation de la loi, qui viennent se surajouter à celles plus traditionnelles concernant l'application du principe d'égalité encore trop souvent perçu comme l'archétype de l'une de ces « notions à contenu variable » décrites par Chaïm Perelman <sup>(5)</sup>. Ces interrogations sont bien évidemment légitimes car on conçoit aisément qu'une arme aussi puissante que la question prioritaire de constitutionnalité ne doit pouvoir être utilisée que dans des hypothèses étroitement circonscrites. L'objet des propos qui suivent consiste donc à tenter de démystifier le principe constitutionnel d'égalité en tant qu'il pourrait servir d'argument dans une procédure de question prioritaire de constitutionnalité.

Il s'agira de montrer que, derrière l'« intuition énigmatique et insaisissable » dépeinte par le Doyen Vedel <sup>(6)</sup>, se profile désormais une règle de droit positif parfaitement opératoire et que, vraisemblablement, les solutions dégagées dans le cadre du contrôle *a priori* vont irriguer et, par conséquent, « sécuriser » ou baliser celles à venir dans le cadre du nouveau contrôle *a posteriori* rendu possible par la question prioritaire de constitutionnalité.

Cette démonstration pourra être effectuée en deux temps : dans le premier, on tentera de faire valoir que le Conseil constitutionnel retient,

somme toute, une interprétation cohérente du principe d'égalité ; dans un second temps, il sera souligné que, jusqu'à présent, le Conseil a fait prévaloir une application prudente de ce droit fondamental garanti par la Constitution.

## I – Une interprétation cohérente

On peut soutenir que l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel du principe d'égalité est cohérente, dans la mesure où le Conseil, au fil du temps, d'une part a rationalisé son usage des sources du principe d'égalité et, d'autre part, a fait émerger deux degrés d'intensité de son contrôle juridictionnel en la matière.

### Les sources du principe d'égalité

La Constitution française contient une large palette de représentations de l'égalité, alors que les autres droits fondamentaux, eux, ne sont généralement mentionnés qu'une seule fois, quand ils ne sont pas purement et simplement absents du texte constitutionnel. Cette situation remarquable provient du fait que même si les textes qui composent le « bloc de constitutionnalité » ont été adoptés à des époques différentes, suivant des inspirations ou des nécessités conjoncturelles particulières, l'exigence d'égalité, elle, a été constamment réaffirmée du texte fondateur de 1789 jusqu'à la Constitution de 1958 en passant par le Préambule de la Constitution de 1946. Or, ces trois textes étant bien distincts, tant par leur inspiration philosophique que par leur contenu, il ne fait pas de doute que les sources textuelles du principe d'égalité possèdent une richesse sans équivalent par rapport à celles des autres droits fondamentaux. Ainsi, le principe d'égalité prend sa source dans un ensemble d'au moins une quinzaine de textes appartenant au « bloc de constitutionnalité ». L'exigence d'égalité est contenue, non seulement, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux articles premier (égalité en général), 6 (égalité dans l'accès aux emplois publics) et 13 (égalité devant les charges publiques) ; dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, aux alinéas premier (non-discrimination), 3 (égalité entre les femmes et les hommes), 11 (égalité dans la protection de la santé), 12 (égalité devant les charges résultant de calamités nationales), 13 (égalité d'accès à l'instruction), 16 (égalité avec les peuples d'outre-mer) et 18 (égal accès aux fonctions publiques pour les peuples d'outre-mer) ; mais aussi dans la Constitution du 4 octobre 1958, dès le Préambule (égalité avec les peuples d'outre-mer) et aux articles premier (non-discrimination), 2 (devise de la République) et 3 (égalité du suffrage).

En pratique, le Conseil constitutionnel fonde son contrôle de l'égalité déterminée, au sens de déterminée par un texte constitutionnel précis, essentiellement sur quatre textes. Deux d'entre eux sont issus de la Déclaration de 1789 : l'article 6 qui dispose que « la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leur vertu et de leurs talents » ; et l'article 13 prévoyant que « pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». Deux résultent de la Constitution de 1958. Il s'agit de l'article premier selon lequel : « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances (...) » ; et de l'article 3, alinéa 3, au terme duquel : « Le suffrage (...) est toujours universel, égal et secret ».

Il faut ajouter que depuis une décision du 16 mars 2006 intervenue à propos de la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes <sup>(7)</sup>, le Conseil constitutionnel comme l'avait déjà fait le Conseil d'État dans un arrêt *Guilhaumé* du 1<sup>er</sup> février 1980, se réfère désormais aussi à l'article premier de la Déclaration de 1789 qui prévoit que : « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». Ce visa est important car ce texte, peut-être le plus célèbre du droit français, recèle paradoxalement encore des potentialités inexploitées. En particulier, la seconde phrase de cet article qui fait référence à la notion d'« utilité commune » pourrait permettre de trouver un ancrage textuel à la notion d'intérêt général lorsqu'elle est utilisée afin de servir de justification aux dérogations au principe constitutionnel d'égalité.

Certains textes indiquent donc précisément quelles sont les discriminations que le législateur ne peut établir sans justification, alors que d'autres s'attachent simplement à définir des domaines dans lesquels l'égalité à vocation à s'appliquer. Il résulte des textes compris dans la première catégorie une série de cinq motifs de discrimination expressément interdits par la Constitution : ceux fondés sur l'origine, la race, la religion, les croyances et le sexe. Toutefois, cette liste ne paraît pas être limitative. Même si le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé formellement sur ce point, il existe une jurisprudence constitutionnelle et internationale bien établie orientée dans le sens du caractère énonciatif de telles listes. Quant aux textes appartenant à la seconde catégorie, ils déterminent plusieurs domaines dans lesquels le droit fondamental à l'égalité peut spécifiquement être mis en œuvre. Il s'agit notamment des domaines de la justice, de la fonction publique, ainsi que du domaine électoral ou fiscal.

Cependant, il peut arriver que le Conseil constitutionnel, plutôt que de se référer à l'égalité déterminée par un texte constitutionnel explicite, choisisse de fonder son contrôle sur l'égalité indéterminée, c'est-à-dire sur le principe général d'égalité sans que soient précisément qualifiés les domaines dans lesquels cette norme a vocation à être mise en œuvre ou les motifs de dérogation interdits. Dans ce cas de figure, le juge se réfère au « principe d'égalité » sans plus de précisions, au « principe constitutionnel d'égalité » ou, le plus souvent, se retranche derrière une formule standard censée exprimer sa conception globale du principe. Ainsi, depuis une décision du 9 avril 1996, le Conseil constitutionnel juge que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » <sup>(8)</sup>. Il appert clairement de ce standard jurisprudentiel que l'égalité ne peut être un droit fondamental absolu et inconditionnel, mais au contraire une norme relative et contingente.

C'est encore plus vrai en matière fiscale où, le plus souvent, le juge constitutionnel se retranche derrière un standard encore davantage axé sur le but poursuivi par le législateur, en considérant que « ... si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur décide de favoriser par l'octroi d'avantages fiscaux [une activité déterminée], c'est à la condition que celui-ci fonde son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ». Dans cette hypothèse, il est bien évident que le juge constitutionnel entend marquer la grande latitude d'action du législateur lorsqu'il intervient en matière fiscale puisque l'appréciation du droit fondamental à l'égalité est avant tout finaliste. N'est alors contrôlée que la cohérence globale du texte fiscal par rapport à l'intention du législateur.

## Les degrés du contrôle du principe d'égalité

Le contrôle juridictionnel du respect du principe d'égalité n'est donc pas univoque. En premier lieu, certaines discriminations ou dérogations au droit à l'égalité se distinguent des autres types de différenciations de traitement en vertu d'un critère formel : leur interdiction par la norme fondamentale elle-même. Ainsi, au terme de l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958 et de l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, les « discriminations expressément interdites » sont celles fondées sur l'origine, la race, la religion, les croyances et le sexe. Dans tous les cas où le Conseil constitutionnel a été confronté à de telles discriminations, il a conclu à leur non-conformité à la Constitution qu'il s'agisse d'ailleurs de différenciations de traitement fondées sur le sexe comme dans les décisions *Quotas par sexe* du 18 novembre 1982 <sup>(9)</sup>, *Élections au C.S.M.* du 19 juin 2001 <sup>(10)</sup>, *Parité dans le secteur privé* du 16 mars 2006 <sup>(11)</sup>, ou sur l'origine comme dans les décisions du 30 août 1984, *Statut du territoire de Polynésie française* <sup>(12)</sup>, et *Statut du territoire de Nouvelle-Calédonie* <sup>(13)</sup>, ou du 8 août 1985, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie* <sup>(14)</sup>. C'est encore ce même type de discrimination qu'a censuré le Conseil constitutionnel, par exemple, dans la décision du 9 mai 1991, *Statut de la Corse* <sup>(15)</sup>, en annulant l'article premier de la loi qui consacrait l'existence d'un « peuple corse, composante du peuple français, au motif que la Constitution ... ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ». De même, dans une décision du 15 juin 1999 <sup>(16)</sup>, le Conseil a encore constaté l'existence d'une discrimination fondée sur l'origine en déclarant incompatibles avec la Constitution certaines stipulations de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires dans la mesure où celles-ci confèrent « ... des droits spécifiques à des « groupes » de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de « territoires » dans lesquels ces langues sont pratiquées ». Plus récemment, et pour la première fois, le Conseil constitutionnel a censuré une discrimination explicitement parce qu'elle était fondée sur le critère de la race. Dans sa décision du 15 novembre 2007, *Tests ADN* <sup>(17)</sup>, le Conseil constitutionnel a en effet annulé l'article 63 de la loi sur l'immigration, l'intégration et l'asile prévoyant la possibilité de constituer des fichiers faisant apparaître, « directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques » des personnes. Même si cette annulation est intervenue avant tout pour une raison procédurale, le Conseil a rivé le clou en invoquant un second motif d'annulation, de fond, cette fois. En effet, il a jugé que « ... si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article premier de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race ». Cette affirmation est parfaitement claire. À la manière de la Cour suprême des États-Unis qui, depuis un arrêt *Korematsu* de 1945, censure systématiquement les « classifications suspectes », c'est-à-dire celles fondées notamment sur l'origine ou la « race » <sup>(18)</sup>, ou encore de la Cour européenne des droits de l'homme qui, tout récemment, dans un arrêt *D. H. c. République tchèque* du 13 novembre 2007 a relevé l'existence d'une discrimination fondée sur l'origine prohibée par l'article 14 de la Convention <sup>(19)</sup>, le Conseil constitutionnel condamne sans détour les distinctions fondées sur l'origine ou la race.

En second lieu, il faut également indiquer qu'il existe aussi des différenciations législatives de traitement qui ne sont pas expressément interdites par la Constitution et qui n'ont pas non plus pour effet de remettre en cause l'exercice de droits fondamentaux garantis par le juge constitutionnel. Il s'agit des simples différenciations de traitement entre situations de droit ou de fait comparables qui représentent évidemment, et de loin, le type de dérogation à l'égalité à laquelle procède le plus souvent l'autorité normative. Ces différenciations de traitement ne conduisent que très rarement à des annulations, dans l'hypothèse d'une absence de rationalité du choix du législateur. C'est typiquement le contrôle qui a été exercé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 décembre 2009, *Taxe carbone* <sup>(20)</sup>. Dans cette affaire, sans aucun doute médiatisée à l'excès, le Conseil constitutionnel a commencé par indiquer de manière classique que : « ... le principe

d'égalité ne fait pas obstacle à ce que des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs » (cons. 80). Puis, après l'avoir démontré de manière argumentée et convaincante, il a jugé que : « ... les régimes d'exemption totale institués par l'article 7 de la loi déferée sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et créent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques » (cons. 82). Ce qu'a censuré ici le Conseil constitutionnel c'est donc, non pas le caractère en soi discriminatoire d'une telle mesure, mais simplement l'absence de lien direct entre les différenciations de traitement opérées par la loi et l'objectif qu'elle poursuit. Pour pousser le raisonnement jusqu'à son terme, une loi opérant une telle différenciation de traitement et dont l'objectif serait le renforcement de la compétitivité économique des entreprises françaises, et non pas la lutte contre le réchauffement climatique, aurait pu être jugée conforme au principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel, se borne donc ici à contrôler la rationalité des choix du législateur, exactement comme le font ses homologues européens ou le Conseil d'État français lorsqu'il exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Par conséquent, il semble que le contrôle du juge constitutionnel français en matière d'égalité oscille entre, au moins, deux degrés d'intensité. D'une part, il existerait un contrôle strict ne s'appliquant que lorsque sont examinées soit des discriminations expressément interdites par la Constitution, soit des discriminations ayant pour effet de remettre en cause l'exercice de droits fondamentaux. D'autre part, le juge constitutionnel exercerait un contrôle normal dans tous les autres cas, c'est-à-dire en présence de simples différences de traitement entre situations de droit ou de fait comparables. Dans cette dernière hypothèse, le contrôle exercé s'apparente à un contrôle de proportionnalité limité à la vérification de l'adéquation entre les moyens employés et les fins poursuivies.

Cette cohérence globale de l'interprétation du principe constitutionnel d'égalité par le Conseil constitutionnel le conduit assez logiquement à en faire une application prudente.

## II – Une application prudente

Dans le cadre du contrôle *a priori*, l'analyse comparative révèle que le Conseil constitutionnel, contrairement à d'autres juridictions constitutionnelles, a finalement assez bien circonscrit le champ d'application du principe d'égalité et, qu'en outre, il s'est efforcé de mettre en œuvre une forme salutaire d'auto-limitation.

### Un champ d'application circonscrit

Pour bon nombre de juridictions constitutionnelles, le principe d'égalité, en raison de sa plasticité, de sa double nature particulière de droit fondamental en soi et de condition d'exercice des autres droits fondamentaux, joue indéniablement le rôle de principe « à tout faire ».

Ainsi, il a pu être soutenu, au point de départ d'une controverse doctrinale célèbre, que c'était le rôle que la Cour suprême des États-Unis faisait jouer au principe d'égalité dans sa jurisprudence. Peter Westen a ainsi écrit que la clause de l'égalité de protection des lois ne pouvait constituer en soi une norme juridique autonome car elle ne représentait qu'« ... une forme vide n'ayant aucun contenu substantiel propre »<sup>(21)</sup>. Il en résulterait, selon lui, que le principe d'égalité serait généralement utilisé par la Cour suprême comme un substitut aux autres droits fondamentaux. Pour les tenants de cette thèse, cette tendance jurisprudentielle de la Cour suprême serait due, non seulement à la nature spécifique du principe d'égalité, mais aussi et surtout à une forme d'« indigence » des juges américains qui, par une forme de réflexe conditionné, auraient tendance à envisager pratiquement toutes les questions constitutionnelles à travers le prisme de l'égalité<sup>(22)</sup>. Ce phénomène observable devant la Cour suprême des États-Unis, s'il ne peut pas être nié, doit sans doute être nuancé aujourd'hui<sup>(23)</sup>. En revanche, devant d'autres juridictions constitutionnelles, la fonction de suppléance ou de substitution du principe d'égalité joue à plein. Ainsi, par exemple, en Autriche, le principe d'égalité a pu représenter à une certaine époque jusqu'à 98 % des cas d'annulation<sup>(24)</sup>. De même, en Italie, à travers le contrôle de la « raisonabilité » dépassant évidemment et de loin un simple contrôle de rationalité objective des normes, ou en Belgique avec le contrôle de proportionnalité dérivant de l'application du principe d'égalité, ce dernier se révèle être un principe « envahissant » du contentieux constitutionnel susceptible de phagocyter l'ensemble des autres droits et libertés fondamentaux.

En France, malgré la proclamation répétitive et quasi-incantatoire du principe d'égalité dans l'ensemble du bloc de constitutionnalité et en dépit de son poids symbolique, le Conseil constitutionnel est généralement assez bien parvenu à cantonner le principe d'égalité dans un domaine circonscrit. On a ainsi pu constater un enracinement croissant du principe d'égalité dans la Constitution<sup>(25)</sup>, le Conseil constitutionnel s'efforçant aujourd'hui de rattacher dans la mesure du possible le principe d'égalité à sa source textuelle, plutôt que de se référer à un principe vague laissant croire à l'existence d'un principe non-écrit.

De même, le Conseil constitutionnel ne s'est jamais aventuré, comme le fait couramment la Cour constitutionnelle italienne, à insérer un troisième terme de comparaison parmi les normes de référence de son contrôle juridictionnel de l'égalité. En effet, la Cour italienne s'est quant à

elle reconnu la possibilité de confronter la loi soumise à son contrôle, non seulement à la Constitution, mais aussi aux autres lois lorsque celles-ci interfèrent avec les dispositions contestées au nom du principe d'égalité <sup>(26)</sup>. A l'évidence, l'introduction dans le champ du contrôle de ce « *tertium comparationis* » constitué de normes législatives étend à l'excès le champ des normes de référence du contrôle de constitutionnalité exercé sur le fondement du principe d'égalité.

Cependant, il peut être relevé que le Conseil constitutionnel fait parfois jouer au principe d'égalité une fonction qui pourrait être qualifiée de fonction de renforcement, en ce sens que le principe d'égalité est souvent utilisé pour conforter, étayer, un droit fondamental qui, structurellement, est proche de lui. L'exemple le plus typique est celui des droits de la défense où le raisonnement du juge le conduit souvent à associer ces droits entendus *stricto sensu* et le principe d'égalité, spécialement l'égalité devant la justice. C'est cette motivation, combinant les droits de la défense et le principe d'égalité qu'a mis en œuvre le Conseil constitutionnel encore récemment dans sa décision du 22 octobre 2009, *H.A.D.O.P.I. 2* <sup>(27)</sup>, en considérant que, « ... si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable » (cons. 10). Cette méthode juridictionnelle qui consiste à mettre en œuvre conjointement le principe constitutionnel d'égalité et celui des droits de la défense a également été utilisée dans les décisions du 11 août 1993, *Garde à vue* <sup>(28)</sup>, du 20 janvier 1994, *Peine incompressible* <sup>(29)</sup> ou encore du 2 mars 2004, *Évolutions de la criminalité* <sup>(30)</sup>. Dans les trois cas, le droit de la défense associé avec le principe d'égalité était un droit de la défense précis : celui de « la personne gardée à vue de s'entretenir avec un avocat au cours de celle-ci » <sup>(31)</sup>. C'est donc sans beaucoup de surprise que les premières questions prioritaires de constitutionnalité formées dès le 1<sup>er</sup> mars 2010 contre l'article 63-4 du code de procédure pénale ont développé le moyen selon lequel ce texte serait contraire à la fois aux droits de la défense et au principe d'égalité en ce qu'il n'impose pas la présence de l'avocat pendant toute la durée de la garde à vue, en particulier durant les interrogatoires <sup>(32)</sup>. L'argument tiré d'une violation du principe d'égalité est sans nul doute sérieux car la modulation de la présence de l'avocat en raison de la nature de l'infraction peut être discutée bien qu'il soit permis de penser que ces différenciations de traitement reposent sur des différences objectives de situation ayant un rapport suffisamment direct avec l'objet des lois qui les ont établies.

En toute hypothèse, la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au principe d'égalité est caractérisée par une forme de retenue ou de « *self-restraint* » qui exprime sa volonté d'auto-limitation.

## L'auto-limitation du juge constitutionnel

On sait que, pour des raisons autant théoriques que pratiques, l'auto-limitation du juge représente la règle d'or du contentieux constitutionnel car elle est la condition première de sa légitimité et de son acceptation dans le cadre d'une société reposant sur le principe démocratique. Du reste, le Conseil constitutionnel, rappelle à l'envi depuis sa décision du 15 janvier 1975, *I.V.G. I* <sup>(33)</sup> qu'il ne dispose pas d'un « pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ».

S'agissant de l'application du principe d'égalité, il peut être soutenu que cette auto-limitation doit être nécessairement renforcée en raison de la nature même du principe d'égalité. C'est ce qu'a bien mis en évidence le professeur Francisco Rubio Llorente lorsqu'il a écrit que : « ... le principe d'égalité constitue le foyer de la tension entre le législateur et le juge, entre la politique et le Droit, et, par conséquent, son application est celle qui suscite le plus fréquemment les accusations d'activisme judiciaire ou d'abdication du juge face à l'arbitraire du législateur » <sup>(34)</sup>. De fait, il est certain que le principe constitutionnel d'égalité, s'il est strictement entendu par le juge, peut représenter une menace pour pratiquement tous les choix effectués par le Parlement puisque l'activité législative qui comporte nécessairement l'établissement de différenciations de traitement selon les catégories est, par essence, discriminatoire. Le Conseil constitutionnel lui-même l'a d'ailleurs reconnu, certes dans le contexte particulier d'une loi visant à créer une amnistie fiscale, puisqu'il a jugé dans une décision du 3 juillet 1986, *Amnistie fiscale* <sup>(35)</sup>, qu'il est « ... dans la nature même [du texte législatif] de porter atteinte au principe d'égalité » (cons. 33). En ce sens, on peut considérer que la mise en œuvre du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel recèle en germe une potentialité d'anéantissement de la quasi-totalité des textes législatifs. Le risque est évidemment accru dans le cadre désormais plus large depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010 du contrôle de constitutionnalité des lois promulguées. D'ailleurs, l'argument avait été invoqué par ceux qui, comme Louis Favoreu, se défiaient du contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception <sup>(36)</sup>. Le doyen d'Aix, craignait en particulier que les attaques répétées de requérants se fondant sur des normes dont le maniement est aussi délicat que le principe d'égalité ne viennent par trop fragiliser la loi et perturber la nécessaire sécurité de l'ordre juridique. C'est la raison pour laquelle, dans ses derniers écrits, il s'était clairement prononcé en faveur d'un recours direct contre les lois promulguées qu'il jugeait, sans doute à juste titre, plus approprié dans le cas français <sup>(37)</sup>.

Quoiqu'il en soit, au terme de ce rapide panorama sur le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de ses perspectives de développements dans le cadre de la nouvelle voie de recours ouverte le 1<sup>er</sup> mars 2010, il peut être avancé sans craindre de beaucoup se tromper que le principe d'égalité devrait devenir l'un des moyens les plus fréquemment invoqués par les requérants soulevant une

question prioritaire de constitutionnalité. Le revers pourrait être que le principe d'égalité devienne l'argument constitutionnel de dernier ressort <sup>(38)</sup>, le moyen constitutionnel invoqué dans les causes perdues sur le terrain des autres droits et libertés que la Constitution garantit. Il n'en reste pas moins que la question prioritaire de constitutionnalité va permettre de faire vivre encore davantage ce principe révolutionnaire et républicain par excellence pour lequel, comme le soulignait Tocqueville, les Français nourrissent une « ... passion ardente, insatiable, éternelle, invincible » <sup>(39)</sup>.

- (1) Article issu d'une conférence prononcée le 10 mars 2010 au Conseil constitutionnel.
- (2) Hauriou (M.), *La science sociale traditionnelle*, Larose, Paris, 1896, p. 80.
- (3) Favoreu (L.), Philip (L.), Gaïa (P.), Ghevontian (R.), Mélin-Soucramanien (F.) et Roux (A.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 213 et s.
- (4) Mélin-Soucramanien (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », Paris, 1997.
- (5) Perelman (C.), « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *Le raisonnable et le déraisonnable en droit – Au-delà du positivisme juridique*, L.G.D.J., 1984, p. 132.
- (6) Vedel (G.), « L'égalité », *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La documentation française, 1990, p. 172.
- (7) Déc. n° 2006-533 DC, *Rec.*, p. 39.
- (8) Déc. n° 1996-375 DC, *Rec.*, p. 60.
- (9) Déc. n° 1982-146 DC, *Rec.*, p. 66.
- (10) Déc. n° 2001-445 DC, *Rec.*, p. 63.
- (11) *Préc.*
- (12) Déc. n° 1984-177 DC, *Rec.*, p. 66.
- (13) Déc. n° 1984-178 DC, *Rec.*, p. 69.
- (14) Déc. n° 1985-196 DC, *Rec.*, p. 63.
- (15) Déc. n° 1991-290 DC, *Rec.*, p. 50.
- (16) Déc. n° 1999-412 DC, *Rec.*, p. 71.
- (17) Déc. n° 2007-557 DC, *J.O.* du 19 novembre 2007, p. 19001.
- (18) Cf. : Tribe (T. H.), *American constitutional law*, 2<sup>e</sup> éd., The foundation press, Inc. coll., University casebook series, Minneola-New-York, 1988, p. 1436 et s.
- (19) C.E.D.H., Grande chambre, req. no 57325/00.
- (20) Déc. n° 2009-599 DC, *J.O.* du 31 décembre 2009, p. 22295.
- (21) Westen (P.), « The empty idea of equality », *Harvard law review*, vol. 95, 1982, p. 596.
- (22) En ce sens, cf. : Cohen (W.), « Is equal protection like oakland ? Equality as a surrogate for other rights », *Tulane law review*, vol. 59, 1985, p. 884.
- (23) Pour une étude récente et approfondie, cf. : Rosenfeld (M.), « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, n° 2, 2010.
- (24) Öhlinger (T.), « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica-P.U.A.M., 1982, p. 400.
- (25) Mélin-Soucramanien (F.), *op. cit.*, pp. 69 et s.
- (26) Paladin (L.), « *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza* », *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Cedam, Padoue, 1985, p. 605.
- (27) Déc. n° 2009-590 DC, *J. O.* du 29 octobre 2009, p. 18292.
- (28) Déc. n° 1993-326 DC, *Rec.*, p. 217.
- (29) Déc. n° 1993-334 DC, *Rec.*, p. 27.
- (30) Déc. n° 2004-492 DC, *Rec.*, p. 66.
- (31) Cf. : Favoreu (L.), Philip (L.), Gaïa (P.), Ghevontian (R.), Mélin-Soucramanien (F.) et Roux (A.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 742 et 743.
- (32) Cassia (P.), « La garde à vue inconstitutionnelle ? », *Recueil Dalloz*, n° 10, 2010, p. 590.
- (33) Déc. n° 1974-54 DC, *Rec.*, p. 19.
- (34) Déc. n° 1986-209 DC, *Rec.* p. 86.
- (35) Déc. n° 1986-209 DC, *Rec.* p. 86.
- (36) Favoreu (L.), « L'«exception d'inconstitutionnalité» est-elle indispensable en France ? », *A.I.J.C.*, VIII-1992, p. 11.

(37) Cf. : Bon (P.), « Louis Favoreu et l'exception d'inconstitutionnalité », *Dits et écrits à propos de Louis Favoreu*, PUAM, 2007, p. 141.

(38) Cette formule a été utilisée pour la première fois par le juge à la Cour suprême des États-Unis, Oliver Wendell Holmes, dans l'arrêt *Buck vs. Bell* de 1927 (U.S. 200, 47 S. Ct., 584).

(39) Tocqueville (A. de), *De la démocratie en Amérique*, Tome II, Garnier-Flammarion, 1981, p. 123.