



**HAL**  
open science

# L'article 12 de la DDH et l'identité constitutionnelle de la France

Romain Tinière

► **To cite this version:**

Romain Tinière. L'article 12 de la DDH et l'identité constitutionnelle de la France. *Actualité juridique Droit administratif*, 2022, 20, pp.1147. halshs-03693631

**HAL Id: halshs-03693631**

**<https://shs.hal.science/halshs-03693631v1>**

Submitted on 14 Nov 2024

**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.

## L'article 12 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'identité constitutionnelle de la France : incompétence, méconnaissance ou instrumentalisation ?

Romain Tinière  
Professeur de droit public à l'Université Grenoble-Alpes  
Co-directeur du CRJ  
Chaire Jean Monnet en droit de l'Union européenne

Par sa décision n°2021-940 QPC « Société Air France » du 15 octobre 2021, le Conseil constitutionnel a, pour la première fois, donné corps à la notion jusque-là un peu évanescence de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». Il l'a fait, d'une part, en apportant une précision relative à la détermination de ce qui est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France et ce qui ne l'est pas : est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France un principe qui ne trouve pas de « protection équivalente dans le droit de l'Union européenne » (cons. 13). L'inhérence n'a donc pas directement trait à l'importance du principe, mais avec le fait que celui-ci ne serait protégé qu'au sein du bloc de constitutionnalité<sup>1</sup>. Le Conseil a, d'autre part, conféré pour la première fois un contenu à cette notion jusque-là très théorique : « 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 ». Issue de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en vertu duquel « La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée », cette interdiction constitue donc un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (cons. 15).

---

<sup>1</sup>Sauf à considérer que l'inhérence d'un principe à l'identité constitutionnelle de la France serait distincte de son équivalence (ou pas) dans l'ordre juridique de l'Union. Des décisions ultérieures du Conseil permettront peut-être de répondre à cette interrogation.

Les implications de cette décision pour les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit français sont réelles, même si elles ne doivent pas être surestimées. Tout d'abord, la référence à la protection équivalente semble signifier que le Conseil constitutionnel se rallie, au moins partiellement, à la position définie par le Conseil d'État dans son arrêt *Arcelor* de 2007 (d'ailleurs cité dans le dossier documentaire)<sup>2</sup>. Ensuite, concrètement, cette décision peut être comprise comme signifiant que le Conseil constitutionnel s'autorise à contrôler, au regard de ce principe, la constitutionnalité d'une disposition législative qui se borne à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou d'un règlement de l'Union européenne. En l'espèce, le contrôle des mots « est tenue de ramener » figurant à l'article L 213-4 du CESEDA disposant que « *Lorsque l'entrée en France est refusée à un étranger non ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, l'entreprise de transport aérien ou maritime qui l'a acheminé est tenue de ramener sans délai, à la requête des autorités chargées du contrôle des personnes à la frontière, cet étranger au point où il a commencé à utiliser le moyen de transport de cette entreprise, ou, en cas d'impossibilité, dans l'État qui a délivré le document de voyage avec lequel il a voyagé ou en tout autre lieu où il peut être admis* »<sup>3</sup>. Ces dispositions tirent les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de la directive 2001/51/CE<sup>4</sup> visant à compléter et préciser les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen (CAAS) de 1985 en vertu duquel les États doivent prendre les dispositions nécessaires pour s'assurer du respect de l'obligation qu'ont les transporteurs de réacheminer vers l'État tiers à partir duquel il a été transporté tout ressortissant de pays tiers dont l'entrée est refusée sur le territoire de l'un des États membres. En l'espèce, le Conseil constitutionnel a estimé que la disposition législative ne portait pas atteinte au principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France précédemment dégagé car les dispositions contestées n'ont pour objet que de confier la prise en charge du transport de ces personnes à une

---

2CE, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110.

3Maintenant art. L. 333-3 CESEDA suite à l'ordonnance n°2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative de ce code.

4JOCE, L 187, du 10 juil. 2001, p. 45.

entité privée. La décision de mettre en œuvre le réacheminement, la surveillance de la personne et les éventuelles contraintes exercées sur elle pour permettre le réacheminement relèvent en effet de la seule responsabilité des autorités de police.

En d'autres termes, le « réveil de la force publique » ne fait pas ici échec à l'application du droit de l'Union européenne. Pourtant, une brèche de premier ordre est ouverte dans l'application du principe de primauté puisque l'on sait maintenant que le Conseil constitutionnel peut effectivement, et non plus virtuellement, s'opposer à l'application d'une disposition nationale tirant les conséquences d'une norme claire et inconditionnelle du droit de l'Union au nom d'un principe constitutionnel. Or cela revient à contrôler indirectement l'application de la norme du droit de l'Union au regard d'une norme nationale et, par conséquent, à remettre en cause le principe de primauté.

Les questions soulevées par cette décision sont donc, du point de vue du droit de l'Union, pour le moins sérieuses. On ne peut pourtant qu'être frappé par la concision de l'argumentation du Conseil constitutionnel qui, en deux considérants et une dizaine de lignes<sup>5</sup>, parvient à exposer sa méthode de détermination des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France et à la mettre en œuvre. Il était donc sans doute inévitable qu'un tel laconisme suscite des interrogations, voire des critiques. En s'efforçant d'adopter un point de vue depuis le droit de l'Union européenne, cette décision n°2021-940 QPC « Société Air France », soulève au moins trois interrogations. Le Conseil constitutionnel était-il compétent pour déterminer

---

5« 13. Par conséquent, 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 équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. (...)

15. En second lieu, selon l'article 12 de la Déclaration de 1789 : « La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ». Il en résulte 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. Cette exigence constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ».

seul l'existence d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (1) ? L'a-t-il fait en l'espèce en méconnaissance du droit de l'Union (2) ? Cette décision ne traduirait-elle pas une forme d'instrumentalisation de la force publique dans un contexte marqué par la remise en cause de la primauté du droit de l'Union européenne (3) ?

## 1- Incompétence ?

À première vue, déterminer l'existence d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France devrait relever de la seule compétence du Conseil constitutionnel qui est l'interprète authentique de la Constitution française. Le problème vient toutefois du critère choisi par le Conseil pour déterminer si une règle ou un principe constitutionnel est inhérent ou pas à l'identité constitutionnelle de la France. Pour rappel, il indique au considérant 13 de sa décision « Société Air France », qu'est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France un principe « ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne ».

S'il s'était agi « simplement » d'identifier « une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution »<sup>6</sup> ou encore le ou les principes revêtant une importance particulière au sein du bloc de constitutionnalité, la question de la compétence du Conseil ne se serait pas posée. En effet, il aurait alors exercé sa fonction d'interprète authentique au sein du seul bloc de constitutionnalité comme il le fait, par exemple, en considérant que l'article 12 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 suppose « 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 » (cons. 15). En revanche, déterminer si un principe présent dans le

---

<sup>6</sup>Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, cons. 7.

bloc de constitutionnalité trouve une « protection équivalente dans le droit de l'Union européenne » suppose de se prononcer également sur l'existence en droit de l'Union européenne, non pas d'ailleurs d'un principe identique à celui du droit constitutionnel français, mais, plus largement, d'une norme permettant une protection équivalente à celle offerte par ce principe, c'est-à-dire analogue ou comparable, avec toute la souplesse et l'incertitude qui accompagnent de telles notions.

Autrement dit, qualifier un principe constitutionnel de principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France nécessite certes de se prononcer sur l'existence et les contours d'une norme constitutionnelle, mais aussi sur le contenu et la signification du droit de l'Union européenne. Or, une telle interprétation ne relève plus de la simple compétence du Conseil, mais *a priori* de celle de la Cour de justice de l'Union, qui est l'interprète authentique du droit de l'Union européenne en vertu de l'article 19 § 1 du traité sur l'Union européenne<sup>7</sup>. On pourra certes objecter qu'un mécanisme de protection équivalente repose précisément sur la possibilité pour une juridiction de se prononcer sur l'existence, dans un ordre juridique tiers, d'un principe équivalent à celui dont elle entend assurer la protection au sein de son propre ordre juridique. De ce point de vue, le Conseil peut donc parfaitement affirmer l'inexistence au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne d'un principe équivalent à celui inscrit à l'article 12 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Néanmoins, cette affirmation ne saurait alors valoir que pour le seul ordre juridique français puisque le Conseil constitutionnel n'est pas l'interprète authentique du droit de l'Union. Pour l'exprimer plus trivialement, le Conseil peut bien créer sa propre réalité, il n'a toutefois pas de prise directe sur celle de l'ordre juridique de l'Union européenne. Pas plus d'ailleurs que n'importe quelle juridiction suprême d'un autre État membre qui pourrait dresser un constat similaire... ou inverse. Curieuse façon de procéder pour qui souhaite « assurer la cohérence entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique

---

<sup>7</sup>« La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. **Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités** ». Nous soulignons.

de l'Union européenne » comme l'indique le communiqué de presse du Conseil publié à la suite de cette décision.

Une telle position est d'autant plus discutable que le mécanisme préjudiciel permet précisément de répondre à une telle hypothèse en laissant à la Cour de justice l'opportunité de se prononcer sur l'existence en droit de l'Union d'un tel principe avant que la juridiction interne se prononce. C'est d'ailleurs le choix fait par le Conseil d'État dans sa décision *Arcelor* en 2007, confirmé en 2018 dans l'affaire *Quadrature du net*<sup>8</sup>. Ce souci de laisser au juge de l'Union l'opportunité de se prononcer avant de constater l'absence, l'insuffisance ou l'inadéquation des normes de protection de l'ordre juridique de l'Union au regard des exigences nationales anime aussi nombre de juridictions suprêmes nationales<sup>9</sup>, sans que cela n'interdise d'ailleurs un désaccord sur le fond une fois la réponse obtenue<sup>10</sup>.

Or, le Conseil constitutionnel pouvait poser une telle question préjudicielle ainsi qu'il l'a fait dans l'affaire *Jeremy F.*<sup>11</sup>. Certes, l'article 23-10 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit que le Conseil saisi d'une QPC statue dans un délai de 3 mois ce qui n'est pas compatible avec les délais habituels de jugement des questions préjudicielles<sup>12</sup>. Mais, une telle contrainte procédurale ne saurait, du point de vue du droit de l'Union, constituer un obstacle insurmontable au renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice. Pour citer le passage d'un arrêt bien connu : « les juridictions nationales ont la faculté la plus étendue de saisir la Cour si elles considèrent qu'une affaire pendante devant elles soulève des questions

---

8CE, 26 juillet 2018, *Quadrature du net e.a.*, n° 394922, 394925, 397844 et 397851.

9C'est le cas, par exemple, du tribunal constitutionnel allemand dans l'affaire *Weiss* (CJUE, gde ch., 11 décembre 2018, *Weiss e.a.*, aff. C-493/17), du tribunal constitutionnel espagnol (CJUE, 26 févr. 2013, Melloni, aff. C-399/11) ou encore de la Cour constitutionnelle italienne (CJUE, gde ch., 5 déc. 2017, *M.A.S. et M.B.* (affaire dite « *Taricco II* »), aff. C-42/17).

10Ainsi que l'illustrent, par exemple, l'arrêt *French Data Network* (CE, Ass., 21 avr. 2021, déc. N°393099) ou l'arrêt *Weiss* de la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG, 5 mai 2020, PSPP, 2 BvR 859/15).

11CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F.*, aff. C-168/13 PPU.

12D'après le rapport annuel 2020 de la CJUE, le délai moyen de jugement d'une question préjudicielle était de 15,8 mois et de 3,9 mois en procédure préjudicielle d'urgence (PPU).

comportant une interprétation ou une appréciation en validité des dispositions du droit de l'Union nécessitant une décision de leur part »<sup>13</sup>. Et on ne voit pas pour quelle raison une disposition législative enfermant la procédure dans un délai rendant impossible la formulation d'une question préjudicielle ne pourrait pas être écartée, ne serait-ce qu'au regard de l'article 88-1 de la Constitution affirmant la participation de la France à l'Union européenne. L'obstacle est donc réel, mais loin d'être insurmontable pour qui souhaite « assurer la cohérence entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique de l'Union européenne ». D'autant plus que les enjeux sont d'importance : la reconnaissance d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France conduit à ouvrir un contrôle de constitutionnalité à peine voilé du droit dérivé de l'Union européenne. On pouvait donc attendre de la part du Conseil, un minimum de prudence. La déception est à la mesure de l'attente.

La question que devait se poser le Conseil était de savoir si le droit de l'Union comporte, soit « 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 », soit une norme aux effets équivalents comme, par exemple, une norme qui viendrait encadrer précisément une telle délégation pour en limiter considérablement les effets. Pour répondre à cette question délicate, le Conseil indique dans une formule dont d'aucuns pourraient louer la concision quand d'autres pointeront son insuffisance : « cette exigence constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » (cons. 15). Aucun développement n'est consacré à la recherche du principe en droit de l'Union qui est d'ailleurs complètement absent du raisonnement du Conseil et du « commentaire officiel » de la décision. Cette décision « Société Air France » est donc rendue sur le seul fondement du constitutionnel français, tout en se permettant d'affirmer de façon péremptoire que le droit de l'Union ne protège en aucune façon l'interdiction de déléguer la force publique à des acteurs privés, voire en serait incapable.

---

13 CJUE, gde ch., 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188 et 189/10, pt 41.



## 2 – Méconnaissance ?

Le droit de l'Union n'interdit pas, en l'état actuel, formellement et explicitement la délégation à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la force publique. En appréhendant cette interdiction sous l'angle des droits fondamentaux, comme semble le faire le Conseil constitutionnel, et en se tournant donc vers les instruments de protection de ces droits au sein de l'Union, ni la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ni les principes généraux du droit de l'Union n'évoquent un droit qui impliquerait une telle interdiction.

De là à laisser entendre que le droit de l'Union serait dans l'incapacité de se prononcer sur une telle question il y a un pas, que le Conseil donne l'impression de franchir. Certes, il est difficile de déterminer avec certitude ce qui fonde sa position vu la sobriété de sa motivation. On peut tout de même relever la présence dans le dossier documentaire de l'article 4 TUE. Postulons que l'article 4 TUE n'a pas été cité pour son paragraphe 3 relatif au principe de coopération loyale, mais plutôt pour son deuxième paragraphe relatif au respect de l'identité nationale des États membres selon lequel l'Union « respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale ». Cette référence doit être lue en lien avec l'arrêt *French Data Network* présent également dans le dossier documentaire et dans lequel le Conseil d'État estime (un peu vite) que les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions pénales et de lutte contre le terrorisme, qu'il fonde sur les articles 12 et 16 de la DDHC, « ne sauraient être [regardés] comme bénéficiant, en droit de l'Union, d'une protection équivalente à celle que garantit la

Constitution » car s'appliquant à des domaines relevant exclusivement ou essentiellement des compétences réservées<sup>14</sup>.

Peut-on pour autant en déduire que le droit de l'Union serait totalement silencieux sur ce sujet et ne saurait se prononcer faute de compétence ? Certes, l'Union européenne ne peut légiférer directement sur ce sujet pour définir, par exemple, les modalités précises d'une délégation des compétences de police administrative générale à une personne privée. Ce serait toutefois méconnaître les dynamiques qui l'animent et sa capacité à définir, ne serait-ce qu'en creux, les limites à son application que de considérer qu'elle serait dans l'incapacité de formuler un principe aussi large que celui dégagé par le Conseil constitutionnel à partir de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. La Cour de justice s'est ainsi déjà prononcée explicitement sur la question de la délégation des pouvoirs de police à des personnes privées, même si elle l'a fait au travers du prisme du marché intérieur et sous un angle particulier, celui de l'appréciation d'une éventuelle exception à l'application des règles de la libre prestation de service au titre de la participation à l'exercice de l'autorité publique<sup>15</sup>. Elle relève, par exemple dans une affaire italienne, que les entreprises de sécurité privée se livrent certes à des activités de surveillance ou de garde de biens mobiliers ou immobiliers, de recherches ou d'enquêtes pour le compte de particuliers et peuvent, à titre exceptionnel être amenées à assister les agents publics chargés d'assurer la sécurité publique. Toutefois, le droit national énonce clairement que leurs activités ne peuvent jamais impliquer l'exercice de la puissance publique ou le pouvoir de restreindre la liberté individuelle, leur refusant ainsi tout pouvoir de contrainte. Les procès-verbaux éventuellement dressés ne font pas pleine foi à la différence de ceux dressés par les agents de police judiciaire et la possibilité qu'ils ont de procéder à des

---

14Ce constat dressé par le Conseil d'État au § 10 de l'arrêt précité n'emporte toutefois pas de conséquence immédiate dans la mesure où il s'engouffre dans la brèche ouverte par la Cour de justice relative à l'objectif de préservation de la sécurité nationale dans son arrêt *Quadrature du net e.a.* (Voy. néanmoins depuis, CJUE, gde ch., 5 avr. 2022, *Commissioner of An Garda Síochána*, aff. C-140/20).

15Articles 56 et 51 TFUE. F. MArtucci, « Primauté, identité et ultra vires : forger l'Union par le droit sans anéantir l'État de droit », *RED*, 2021, n°3, p. 11

arrestations en flagrant délit ne diffère pas sensiblement de celle que peut avoir n'importe quel particulier<sup>16</sup>. La Cour en déduit que ces entreprises de sécurité privée ne participent pas « directement et spécifiquement, à l'exercice de l'autorité publique, les activités de sécurité privée auxquelles elles se livrent ne pouvant être assimilées aux missions relevant de la compétence des services de sécurité publique »<sup>17</sup> et ne peuvent donc bénéficier de la dérogation posée par le Traité. Autrement dit, et en reprenant le vocabulaire constitutionnel, les entreprises de sécurité privée ne bénéficient pas, en l'espèce, d'une délégation de compétence de police administrative générale inhérente à l'exercice de la force publique.

Au-delà de cet exemple portant précisément sur la délégation des pouvoirs de police, le droit de l'Union se prononce évidemment tant sur la sauvegarde de l'ordre public, que sur celle de la sécurité nationale<sup>18</sup>. Ce qu'il fait indirectement en encadrant ces exceptions aux règles qu'il pose dans le but d'éviter qu'elles ne soient trop facilement avancées par les États membres pour échapper à leurs obligations. Pourtant, le constat demeure et même si l'on peut regretter que le Conseil n'ait pas justifié *a minima* sa position, le droit de l'Union n'interdit pas, en l'état actuel, la délégation à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la force publique et n'offre donc pas de protection équivalente à celle résultant de l'article 12 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Faut-il pour autant en déduire que le droit de l'Union n'est pas en mesure de le faire ? Ce serait méconnaître ici la capacité de la Cour de justice de l'Union européenne à se saisir de la question. Du moins si la question lui est posée...

---

16 Essentiellement car il faut remettre le contrevenant pris en flagrant délit immédiatement à la police (Conc. Jacobs sur l'affaire C-283/99, *Commission c. Italie*, pt 45).

17 CJCE, 13 déc. 2007, *Commission c. Italie*, aff. C-465/05, pts 31-43.

18 Notamment par les arrêts *Quadrature du Net e.a.* en 2020 et, plus récemment, CJUE, 5 avril 2022, *Commissioner of the Garda Síochána e.a.*, aff. C-140/20, not. pts 60 s. dans lesquels la Cour s'efforce d'encadrer autant que possible le recours à cette exception.

En effet, la Cour a déjà montré par le passé qu'elle était en capacité de découvrir des principes généraux du droit protégeant les droits fondamentaux afin de préserver la primauté du droit communautaire<sup>19</sup>, mais aussi de tolérer certaines entorses à sa jurisprudence lorsqu'il s'agit de trouver un terrain d'entente avec une juridiction suprême<sup>20</sup>. En outre, les fondements pour la reconnaissance d'un droit équivalent à celui découlant de l'article 12 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen sont bien présents en droit de l'Union. L'idée selon laquelle l'usage de la force publique nécessaire à la garantie des droits fondamentaux ne saurait être déléguée à des personnes privées au risque d'en privatiser la jouissance nous semble pouvoir, par exemple, être intégrée à la clause générale de limitation des droits fondamentaux inscrite à l'article 52 § 1 de la Charte<sup>21</sup> lors du contrôle d'une limitation portée à l'exercice d'un tel droit. Le contrôle ainsi opéré pourrait permettre de se prononcer à la fois sur le principe et les modalités de la délégation des prérogatives de puissance publique. Une autre solution pourrait être également de reconnaître en tant que principe général du droit découlant des traditions constitutionnelles communes aux États membres l'interdiction édictée par le droit constitutionnel français.

Plusieurs pistes sont donc envisageables mais toutes supposent que la Cour de justice ait l'opportunité de se prononcer directement sur cette question. Pour ce faire, il faut qu'elle soit saisie d'une question préjudicielle en ce sens, ce que le Conseil n'a visiblement pas souhaité faire.

### 3 – Instrumentalisation ?

---

19CJCE, 12 nov. 1969, *Stauder*, aff. 29/69 et CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70.

20Comme l'illustre l'affaire dite « Taricco II » (CJUE, gde ch., 5 déc. 2017, *M.A.S. et M.B.* préc.).

21« Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

Au-delà des interrogations relatives à la compétence du Conseil à identifier seul un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France dès lors que cette inhérence suppose l'absence d'équivalence dudit principe au sein d'un autre ordre juridique que le sien, au-delà de la méconnaissance possible des dynamiques et mécanismes du droit de l'Union européenne, on peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles le Conseil a choisi de réveiller la force publique dans une telle affaire.

Comme souligné précédemment, le Conseil considère que les obligations pesant sur le transporteur aérien ne sont en rien assimilables à des compétences de police administrative inhérentes à l'exercice de la force publique. En effet, il n'est demandé – en théorie – au transporteur que de transporter, les autorités publiques restant en charge de la décision de réacheminement et demeurant responsables de la surveillance et d'éventuelles mesures de contraintes sur la personne devant être réacheminée. Or, une telle solution n'est pas une surprise au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>22</sup>, qui tient d'ailleurs exactement le même discours que celui de la Cour de justice sur ce point<sup>23</sup>. Le moyen n'avait aucune chance de prospérer. Dans ce cas, pourquoi faire le choix de faire de l'interdiction de déléguer la force publique le premier principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France

<sup>24</sup> ?

La première, sinon la seule réponse qui paraît cohérente tient, il nous semble, à des raisons de politique jurisprudentielle.

---

22 Déc. n°2019-810 QPC du 25 octobre 2019 sur les sanctions applicables en cas de manquement par les transporteurs aériens ou maritimes en cas de manquement à leurs obligations de contrôle documentaire des passagers.

23 CJUE, 30 avril 2020, *Blue Air*, aff. C-584/18, dans lequel la Cour indique, dans le contexte proche du contrôle des « documents de voyages requis » par un transporteur aérien en lien avec le code frontières Schengen, que ce dernier « ne saurait être considéré ni comme ayant été chargé, par l'État membre de destination, d'assumer les fonctions de contrôle aux frontières (...), ni comme disposant, à cet effet, des pouvoirs adéquats ».

24 L'on peut d'ailleurs s'interroger à cet égard sur le caractère « sérieux » de la question de constitutionnalité transmise par le Conseil d'État.

Dans un contexte de contestation croissante de la primauté du droit de l'Union européenne au nom du respect de l'identité nationale, après les décisions de la Cour constitutionnelle allemande<sup>25</sup>, du « Tribunal constitutionnel » polonais<sup>26</sup> et, surtout, du Conseil d'État français qui, dans l'affaire *French Data Network*<sup>27</sup>, résiste à la demande de contrôle de l'*ultra vires* formulée par le gouvernement par une conception très large de la sécurité nationale, il fallait visiblement que le Conseil constitutionnel montre que lui aussi était soucieux de tempérer l'application du droit de l'Union européenne sans entrer en conflit avec lui. L'affaire *Société Air France* présentait en outre l'avantage de permettre de mobiliser l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 quasiment à front renversé par rapport à l'arrêt du Conseil d'État. Là où le Palais Royal invoque l'article 12 pour justifier le maintien de mesures de conservation générale et indifférenciée des données de connexion de la population française en dépit des ingérences considérables qu'elles produisent dans l'exercice des droits au respect de la vie privée et de la protection des données personnelles, la rue Montpensier le fait sous l'angle lumineux des droits fondamentaux, laissant au Conseil d'État le côté obscur de la force publique.

Si l'on peut trouver légitime que le Conseil constitutionnel mène une politique jurisprudentielle, il n'est pas interdit de regretter que cela se fasse au prix d'une instrumentalisation de l'interdiction découlant de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au risque de remettre en cause le fragile équilibre qui sous-tend les rapports entre ordre juridique de l'Union et constitution française.

---

25Affaire *Weiss* préc.

26Trybunał Konstytucyjny, *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union*, 7 oct 2021, K 3/21.

27Préc.