



HAL
open science

Le Sénat, gardien des droits et libertés fondamentaux ?

Samy Benzina

► **To cite this version:**

Samy Benzina. Le Sénat, gardien des droits et libertés fondamentaux?. Nathalie Droin; Aurore Granero. Le Sénat sous la Ve République, un acteur “ méprisé ”?, Institut francophone pour la justice et la démocratie, pp.245-264, 2022, Colloques & essais, n° 156, 978-2-37032-346-0. hal-04444668

HAL Id: hal-04444668

<https://hal.science/hal-04444668v1>

Submitted on 7 Feb 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.

Le Sénat, gardien des droits et libertés fondamentaux ?

par

Samy Benzina

Professeur de droit public à l'Université de Poitiers

Le Sénat français a-t-il vocation à garantir les droits et libertés fondamentaux¹ ? Une telle question peut apparaître incongrue tant s'est imposée avec une certaine évidence en France l'idée que seul le juge est le véritable gardien des droits et libertés. Toutefois, les constitutionnalistes savent qu'au regard de l'histoire constitutionnelle française l'idée que le Sénat puisse être le protecteur des libertés est loin d'être si iconoclaste. Elle est apparue dès la Constitution du Second Empire du 14 janvier 1852 qui qualifiait le Sénat de « *gardien du pacte fondamental et des libertés publiques* » (art. 25). Depuis lors, le bicaméralisme français a souvent été justifié par l'idée que les chambres hautes seraient modératrices des pulsions parfois liberticides des chambres basses².

Il faut cependant remarquer que ce n'est que sous l'empire de la Constitution de 1958 que le Sénat commencera à véritablement faire de cette fonction de gardien des libertés un élément cardinal de son identité institutionnelle³. Ainsi, le premier président du Sénat de la Ve République, Gaston Monnerville, fut l'instigateur de l'idée que la chambre haute devait jouer un rôle central dans la garantie des droits et des libertés des citoyens⁴ dans un contexte de délégitimation et d'ostracisation du Sénat, par le président de la République et le Gouvernement, depuis l'opposition virulente de la seconde chambre à la révision constitutionnelle du 6 novembre 1962, introduisant l'élection du chef de l'État au suffrage

¹ Le choix de l'expression « droits et libertés fondamentaux » est avant tout utilitaire dans le cadre de cette étude et ne manifeste pas la volonté de prendre position dans un débat sur les notions employées par les spécialistes des libertés (V. notamment en ce sens : Patrick WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, coll. « Cours », 2021, 9^e éd., pp. 1 et s.). Il s'agit de retenir une expression générale et « *permissive* » dès lors « *qu'elle est susceptible d'englober des objets très différents : les libertés stricto sensu comme les droits de solidarité et les droits politiques ; les droits de l'individu comme les droits des groupes* » (Xavier DUPRE DE BOULOIS, *Droit des libertés fondamentales*, Puf, coll. « Thémis », 2020, 2^e éd., p. 27). Seront cependant exclues du champ de notre étude les libertés locales dès lors qu'elles font l'objet d'une analyse spécifique dans le présent ouvrage (Voir Nicolas KADA, « Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés locales ? »).

² V. notamment : Julie BENETTI, « Et si le Sénat n'existait pas ? », *Pouvoirs*, 2016, n° 159, pp. 5-14, spé. p. 9.

³ V. Benjamin MOREL, *Le Sénat et sa légitimité*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2018, pp. 273 et s.

⁴ « M. Gaston Monnerville affirme l'absolue nécessité d'une seconde assemblée législative », *Le Monde*, 27 juillet 1968.

universel direct⁵. Cette idée d'un Sénat protecteur des libertés sera reprise par les présidents successifs de l'institution depuis Alain Poher, qui présentait le Sénat comme l'institution ayant vocation à prévenir la « *dégénérescence inconsciente des libertés* »⁶, à l'actuel président du Sénat, Gerard Larcher, qui a pu qualifier le Sénat de « *garant des libertés* »⁷, en passant par Christian Poncelet qui estimait que la seconde chambre « *s'est rapidement érigée en défenseur des libertés publiques et en contre-pouvoir au sens de Montesquieu* »⁸. Au-delà des présidents du Sénat, des sénateurs reprennent régulièrement un tel discours, y compris lors des débats parlementaires⁹. Dans le même sens, l'ouvrage de l'ancien sénateur François Pillet, publié sous le titre évocateur : *Le Sénat, gardien des libertés*¹⁰, est un exemple topique d'une défense affirmée du rôle de la chambre haute en la matière. Ce discours est même parfois porté par le Gouvernement comme le montre la déclaration de Pierre Mauroy, alors Premier ministre, devant le Sénat en juillet 1981 : « *La tradition du Sénat, c'est d'abord la liberté [...]. Votre assemblée s'est toujours voulue le lieu de la défense et de l'illustration des libertés personnelles et collectives, des droits de l'homme et du citoyen* »¹¹.

Cette thèse d'un Sénat protecteur des libertés s'appuie largement sur le fait que la seconde chambre du Parlement fut jusqu'au milieu des années 1970 le seul organe contre-majoritaire face à un alignement inédit du triumvirat président de la République, Assemblée nationale et gouvernement. En 1971, cette thèse fut renforcée d'abord par le rejet à trois reprises par la chambre haute de la loi sur le contrat d'association du fait de son caractère inconstitutionnel¹². Elle fut consolidée ensuite par la saisine du Conseil constitutionnel contre ladite loi par son président, Alain Poher. On le sait, cette saisine a permis au Conseil

⁵ V. Jean-Luc PARODI, « Le conflit entre l'Exécutif et le président du Sénat », *RFSP*, 1963, n° 2, pp. 454-459 ; Jacques GEORGEL, *Le Sénat dans l'adversité (1962-1966)*, Éditions Cujas, 1967, 219 p. ; Jean GRANGE, « Attitudes et vicissitudes du Sénat (1958-1980) », *RFSP*, 1981, n° 31, pp. 32-84.

⁶ « Alain Poher ou le pouvoir imprévu », *Le Monde*, 27 juillet 1984.

⁷ « Sécurité nationale et protection des libertés individuelles, le Conseil Constitutionnel conforte la position du Sénat », Communiqué de presse, 24 juillet 2015 : <https://www.senat.fr/presse/cp20150724.html>

⁸ « Le Sénat et les libertés », intervention du président du Sénat, Palais du Luxembourg, 28 juin 2001 : https://www.senat.fr/colloques/colloque_associations/colloque_associations6.html

⁹ V. par exemple le compte rendu intégral de la séance publique du 18 juillet 2017, p. 2697 : le sénateur François-Noël Buffet estime qu'« *Il faut saluer le travail du rapporteur, de la commission des lois et de son président, qui permet au Sénat de remplir son rôle de gardien des libertés individuelles, mais aussi des libertés publiques.* » ; V. aussi le compte rendu intégral de la séance publique du 12 mars 2019, p. 2941 : Le sénateur Jérôme Durain déclare ainsi : « *Je vous demande très solennellement, mes chers collègues, que nous assumions, que le Sénat assume son rôle de gardien des libertés publiques* ».

¹⁰ François PILLET, *Le Sénat, gardien des libertés*, Mare et Martin, coll. « Écrits parlementaires », 2017, 261 p.

¹¹ Compte rendu intégral de la séance du 2 juillet 1981, Sénat, *J.O.* du 3 juillet 1981, p. 777.

¹² On rappellera en particulier que le Sénat adopta, dès la première lecture le 28 juin 1971, une question préalable, à l'initiative de Pierre Marclhacy (sénateur de la Charente), rejetant la loi sur le contrat d'association au regard de sa contrariété à la Constitution.

constitutionnel, par sa décision du 16 juillet 1971¹³, de poser la première pierre d'un contrôle de constitutionnalité étendu à l'ensemble du Préambule de 1946 et de la Déclaration de 1789.

Dans un contexte où le bicaméralisme est périodiquement remis en cause¹⁴, le discours institutionnel du Sénat sur son rôle dans la protection des libertés a évidemment une vocation performative et vise à lui conférer une identité et une légitimité spécifiques au sein du Parlement. C'est aussi un discours qui vise à justifier certaines pratiques de la seconde chambre du Parlement tel le fait que sur les six dernières nominations au Conseil constitutionnel par le président du Sénat, trois étaient des sénateurs¹⁵. Ce nombre aurait même pu passer à quatre si Michel Mercier n'avait pas renoncé à siéger¹⁶. Et cela, sans compter les sénateurs choisis par les deux autres autorités de nomination qui font du Sénat, dans la dernière décennie, un des principaux pourvoyeurs de membres du Conseil¹⁷. Si le Sénat est le protecteur des libertés, il n'est pas illogique que les sénateurs soient perçus comme un vivier prioritaire de membres du Conseil constitutionnel.

Malgré l'importance qu'a prise cette thèse dans la définition de l'identité institutionnelle du Sénat, la doctrine universitaire s'y est peu intéressée. Si certains politistes s'en sont parfois saisis dans des travaux de thèse¹⁸, les juristes n'en traitent guère. Lorsqu'ils l'évoquent, c'est en général simplement pour rappeler la prétention du Sénat à être le gardien des libertés¹⁹, sans nécessairement la questionner. Ce relatif désintérêt de la doctrine est d'autant plus curieux que le discours institutionnel de la chambre haute sur son rôle n'a rien d'évident. Le Sénat n'a en effet pas été pensé par les constituants de 1958 comme un temple des libertés, héritier d'une tradition libérale, mais comme un organe au soutien du gouvernement face aux majorités

¹³ CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, §2.

¹⁴ On rappellera en ce sens un sondage YouGov pour le journal Capital du 20 septembre 2017 dans lequel 60% des personnes sondées souhaitaient la suppression du Sénat : <https://www.capital.fr/economie-politique/sondage-exclusif-yougov-capital-60-des-francais-pour-la-suppression-du-senat-1245170>

¹⁵ Parmi les six dernières nominations du président du Sénat, on compte trois sénateurs (Hubert Haenel, Jean-Jacques Hiest et François Pillet), un professeur de droit (Nicole Belloubet), un membre du Conseil d'État (Michel Pinault) et une magistrate judiciaire (Dominique Lottin).

¹⁶ « Soupçons d'emplois fictifs : Michel Mercier renonce à intégrer le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 8 août 2017.

¹⁷ Depuis 2010, quinze membres du Conseil constitutionnel ont été nommés par les trois autorités de nomination. Parmi ces membres, cinq sont issus du Sénat : Michel Charasse, Hubert Haenel, Jean-Jacques Hiest, Jacques Mézard, et François Pillet.

¹⁸ Jacques HARDY, *Le Sénat et les Libertés publiques (1958-1981)*, Thèse de doctorat d'État en Science Politique, Université de Rennes I, 1985 ; Benjamin MOREL, *op. cit.*, (n. 4), pp. 273 et s.

¹⁹ V. par ex. Didier MAUS, « Libres propos sur le Sénat », *Pouvoirs*, 1993, n° 64, pp. 89-97, spé. p. 91 ; Pauline TURK, « Le Sénat : une assemblée de bons légistes ? », *Pouvoirs*, 2016, n° 159, pp. 65-78, spé. p. 75 ; Julie BENETTI, « Et si le Sénat n'existait pas ? », *Pouvoirs*, 2016, n° 159, pp. 5-14, spé. p. 9.

indisciplinées de l'Assemblée nationale²⁰. Il n'est donc guère surprenant que la chambre haute ne puisse s'appuyer sur aucune disposition constitutionnelle lui conférant spécifiquement ce rôle de gardien des droits et libertés. Tout au plus peut-elle invoquer l'article 34 de la Constitution qui prévoit que la loi fixe « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ». Toutefois, cette disposition renvoie au domaine de compétence du législateur et ne vise donc pas plus spécifiquement le Sénat que l'Assemblée nationale. On admettra cependant que l'absence de base constitutionnelle au rôle spécifique du Sénat en matière de libertés peut être relativisée. En effet, avant la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008²¹, la Constitution ne conférait pas non plus explicitement le rôle de gardien des droits et libertés constitutionnels au Conseil constitutionnel. Cela n'a pourtant pas empêché la Haute instance de s'en revendiquer de longue date²². L'absence de dispositions constitutionnelles conférant au Sénat un rôle de gardien des droits et libertés ne peut donc à elle seule clore le débat. D'ailleurs, dans son discours institutionnel, le Sénat ne revendique pas un titre constitutionnel particulier en la matière, mais s'appuie de manière générale sur la pratique historique de l'institution. En d'autres termes, le Sénat aurait acquis le titre de gardien des droits et libertés fondamentaux du fait de ses actions qui reflèteraient une préoccupation spécifique pour leur protection.

Par conséquent, pour déterminer si le Sénat, ainsi qu'il s'en réclame, est ou non le gardien des droits et libertés fondamentaux, il est indispensable d'analyser si ses actions contribuent effectivement à la protection des libertés. S'agissant d'une assemblée parlementaire, ses actions relèvent principalement, sur le fondement de l'article 24 de la Constitution, de ses activités législatives et de contrôle de l'action du Gouvernement. Au regard des contraintes inhérentes au format de cette contribution, rendant impossible l'étude exhaustive de plus de soixante ans d'activité du Sénat, le choix a été fait de se limiter pour l'essentiel à une analyse des actions de la chambre haute depuis 2000 afin d'avoir une base de données à la fois suffisamment importante et récente. Cela doit permettre de déterminer si le

²⁰ V. en ce sens : Ph. Lauvau, « Le Sénat et les institutions libérale », *Droits*, 2006, n°44, pp. 139-148, spé p. 144. « Pour le Général (...) la séparation des pouvoirs n'est pas envisagée comme un principe de garantie des libertés (...) mais comme un moyen de préserver l'indépendance de l'exécutif. Et c'est (...) le même objectif qui préside à la création du Sénat : non pas instaurer un pouvoir d'empêcher en soi, conformément à la tradition libérale, mais l'instaurer au gré et dans les intérêts du gouvernement ».

²¹ On rappellera que la révision constitutionnelle a introduit un article 61-1 dans la Constitution qui habilite le Conseil constitutionnel à contrôler la loi *a posteriori* au regard des droits et libertés constitutionnels.

²² V. par ex. Anne CHAUSSEBOURG, « M. Frey : le respect des libertés et droits fondamentaux du citoyen », *Le Monde*, 7 mars 1983. Dans cet entretien de 1983, Roger Frey, alors président du Conseil constitutionnel, affirme clairement que selon lui « le Conseil assure la protection des libertés et n'est plus simplement le gardien attentif du bon fonctionnement des mécanismes constitutionnels ».

Sénat est *actuellement* un gardien des droits et libertés fondamentaux. En outre, le rôle de la seconde chambre du Parlement dans les révisions constitutionnelles ne sera pas évoqué dès lors qu'il est traité par une autre contribution du présent ouvrage²³.

L'analyse de l'activité législative et de contrôle du Sénat laisse entrevoir des actions visant clairement à garantir les droits et libertés fondamentaux. Toutefois, ces actions demeurent dans l'ensemble peu cohérentes et ne permettent pas de conforter la thèse d'un Sénat gardien des libertés (I). Plus encore, la thèse apparaît contredite par la pratique dès lors que la chambre haute peut être elle-même source de violation des droits et libertés fondamentaux et qu'elle s'insère dans une logique institutionnelle partisane difficilement compatible avec un rôle de gardien des libertés (II).

I. Le Sénat, un gardien inconstant des droits et libertés fondamentaux

L'analyse des activités du Sénat démontre que la protection des libertés est une préoccupation relativement secondaire des sénateurs dans leur contrôle de l'action du Gouvernement (A). Cette même préoccupation n'apparaît pas avec une plus grande acuité en matière législative tant les activités de la chambre haute dans ce domaine demeurent limitées (B).

A. Un Sénat inconstant dans son activité de contrôle

Le Sénat a de longue date développé des moyens de contrôle de l'action du Gouvernement²⁴ que ce soit à travers l'audition des ministres et secrétaires d'Etat par les commissions permanentes, le contrôle de l'application de la loi, les questions orales ou écrites des sénateurs, les missions d'information ou les commissions d'enquête. Si historiquement, sous la Ve République, « le contrôle s'exerc[ait] davantage dans la législation »²⁵, depuis la

²³ Nathalie DROIN, « Le Sénat et l'échec des révisions constitutionnelles depuis 2008 ».

²⁴ V. en ce sens Eric THIERS, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entrave », *Pouvoirs*, 2010, n° 134, pp. 71-81.

²⁵ Guy CARCASSONNE, « Conclusion », *Jus Politicum*, 2011, n° 6.

révision constitutionnelle de 2008, la fonction de contrôle s'est largement autonomisée et les parlementaires semblent s'en être globalement saisis²⁶.

Il ressort de l'analyse de l'activité du Sénat que les sénateurs ne se désintéressent pas de la question de la protection des droits et libertés lorsqu'ils exercent leur contrôle sur le Gouvernement. Certaines commissions d'enquête ont spécifiquement été créées dans ce but telle celle établie en 2000 qui s'est attachée à démontrer à quel point les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires français méconnaissent la dignité de la personne humaine et le droit à la protection de la santé²⁷. De même, certaines missions d'information ont pu porter sur des sujets en lien avec les droits et libertés telles que celle, en 2008, s'intéressant à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion qui relevait notamment que « *la pauvreté se caractérise (...) par des difficultés d'accès aux droits fondamentaux dans tous les domaines* »²⁸.

Les sénateurs n'hésitent pas non plus à poser des questions écrites, orales ou d'actualité au Gouvernement afin de l'alerter, et par là même l'opinion publique, sur des situations de violation des libertés. Ces dernières années, plusieurs questions d'actualité ont par exemple été posées sur les atteintes à la liberté de la presse au regard de législations pouvant limiter cette liberté²⁹, à l'occasion de la convocation de journalistes par la direction générale de la sécurité intérieure³⁰, ou encore à la suite d'agressions de journalistes³¹. Cette préoccupation pour les libertés dans le cadre de l'activité de contrôle de la chambre haute peut d'ailleurs se manifester au-delà des appartenances politiques. À titre d'illustration, on peut citer les deux questions écrites, du 7 mai et du 18 juin 2000, des sénateurs Jean-Luc Fichet (droite) et Cyril Pellevat (gauche) interrogeant, à l'identique, le ministre de l'Intérieur sur la suppression de clauses, dans les marchés publics de l'accompagnement juridique des personnes étrangères enfermées dans les centres de rétention administrative, visant à garantir la liberté d'expression des associations s'exprimant sur les situations vécues par les personnes retenues dans ces centres³². Ces

²⁶ V. notamment : Jean-Eric GICQUEL, « La révision du 23 juillet 2008 : une nouvelle ère pour le contrôle de l'action du Gouvernement et de l'évaluation des politiques publiques ? », *RFDC*, 2018, n° 116, pp. 837-851.

²⁷ Jean-Jacques HYEST, Guy-Pierre CABANEL, Rapport de commission d'enquête n° 449 sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France, Sénat, déposé le 29 juin 2000.

²⁸ Bernard SEILLIER, Rapport d'information n° 445 sur la lutte contre la pauvreté et l'exclusion : une responsabilité à partager, Sénat, déposé le 2 juillet 2008, pp. 83 et s.

²⁹ Question d'actualité au Gouvernement n° 0916G de Mme Sylvie GOY-CHAVENT (Ain - NI), JO du Sénat du 24/07/2019, p. 12230.

³⁰ Question d'actualité au Gouvernement n° 0815G de Mme Claudine LEPAGE (Français établis hors de France - SOCR), JO du Sénat du 29/05/2019 p. 7637.

³¹ Question d'actualité au Gouvernement n° 0615G de M. Julien BARGETON (Paris - LaREM), JO du Sénat du 18/01/2019, p. 110.

³² Question écrite n° 15939 de M. Cyril PELLEVAT (Haute-Savoie - Les Républicains), JO du Sénat du 07/05/2020, p. 2102 ; Question écrite n° 16745 de M. Jean-Luc FICHET (Fimistère - SOCR), JO du Sénat du 18/06/2020, p. 2774.

questions ont permis aux sénateurs de forcer le ministère à prendre position et à reconnaître explicitement, dans ses réponses³³, que la suppression de ces clauses ne limitait pas pour autant la liberté d'expression des associations.

Il nous semble que la fonction de contrôle du Gouvernement, entendue *lato sensu*, inclut également la saisine du Conseil constitutionnel. Il faut en effet rappeler que, sous la Ve République, le Premier ministre est à l'initiative de l'essentiel des lois adoptées par le Parlement, et celles dont il n'est pas à l'initiative ont rarement été adoptées sans le soutien du Gouvernement. En outre, la Constitution de 1958 permet au Gouvernement de largement maîtriser la procédure législative et de faire adopter, le plus souvent, un projet ou une proposition de loi dans la version qui lui convient. Par conséquent, contester la constitutionnalité de la loi devant le Conseil constitutionnel revient *de facto* pour les parlementaires à contrôler l'action législative du Gouvernement, particulièrement au regard des droits et libertés constitutionnels. En pratique, la saisine du Conseil constitutionnel a été un moyen stratégique pour le Sénat de s'opposer à des actions gouvernementales parfois liberticides. On rappellera en ce sens que c'est le président du Sénat, Alain Poher, qui est à l'origine des saisines ayant conduit aux décisions fondamentales du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association ou du 27 décembre 1973 dite *Taxation d'office*³⁴. Le président du Sénat a également saisi ces dernières années le Conseil de certaines lois perçues comme liberticides comme la loi relative au renseignement en 2015³⁵ ou la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire en mai 2020³⁶. Depuis l'ouverture de la saisine à soixante sénateurs par la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974, les membres de la chambre haute ne sont pas en reste dans la mesure où ils sont, à ce jour, à l'origine de plus de trois cents saisines du Conseil constitutionnel³⁷ dont certaines ont conduit à des censures ayant un retentissement certain pour les libertés comme celle sur la loi autorisant la fouille des véhicules en 1977³⁸. Par ailleurs, sur les deux dernières années écoulées (2020-2021), les sénateurs ont saisi le Conseil constitutionnel de presque toutes des lois pouvant apparaître les plus liberticides, par exemple en avril 2021 concernant la loi pour une sécurité globale préservant les libertés³⁹, ou en août

Commenté [SB1]: Le site du Conseil indique 320 saisines entre 1958 et le 30 juin 2021.

³³ Réponses du ministère auprès du ministre de l'Intérieur – Citoyenneté, JO du Sénat du 03/12/2020, p. 5712.

³⁴ CC, n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974*.

³⁵ CC, n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.

³⁶ CC, n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

³⁷ Depuis la première saisine dans le cadre de la décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975 et la dernière saisine dans le cadre de la décision n° 2021-828 DC du 9 novembre 2021, les sénateurs ont ainsi saisi le Conseil constitutionnel 321 fois.

³⁸ CC, n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*.

³⁹ CC, n° 2021-817 DC du 20 mai 2021, *Loi pour une sécurité globale préservant les libertés*.

2021 contre la loi confortant les principes de la République⁴⁰ ou encore en novembre 2021 concernant la loi étendant la faculté de recourir au passe sanitaire⁴¹. On relèvera cependant que dans les affaires évoquées, les saisines des sénateurs n'étaient pas exclusives, mais concomitantes à celles de députés. Il arrive néanmoins que les sénateurs soient les seuls à saisir le Conseil constitutionnel, comme en juillet 2021 sur la loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement⁴². Une autre illustration intéressante est la saisine du Conseil par soixante sénateurs de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, dite loi Avia, qui sera *in fine* très largement censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 juin 2020⁴³.

Si ces divers exemples manifestent une préoccupation des sénateurs pour la protection des droits et libertés fondamentaux, il n'en reste pas moins que ces actions de contrôle de l'action gouvernementale en faveur des libertés demeurent assez marginales au regard du volume d'activité du Sénat en la matière. Elles sont éparpillées et nécessitent des recherches assez précises dans les bases de données du Sénat. À titre d'illustration, nous avons pu constater que sur la période du 1^{er} janvier 2000 au 16 novembre 2021, 134 009 questions (tous types confondus) ont été posées au Gouvernement par des sénateurs. Or, sur ces questions, seulement 9447 contiennent le mot clé « liberté(s) », 670 l'expression « droits fondamentaux » et 1987 les termes « droits de l'homme », soit au total à peine 9% des questions posées. Du reste, il n'y a guère de doute qu'avec une analyse qualitative de ces questions, le chiffre serait encore réduit du fait du retrait de tous les doublons ainsi que des faux positifs, c'est-à-dire les questions qui en réalité n'interrogent pas le Gouvernement sur la préservation des droits et libertés. Un constat similaire peut être tiré de l'activité des commissions d'enquête et des missions d'information sur la période analysée. En particulier, quand les commissions intègrent dans leur analyse la question des droits et libertés⁴⁴, ce sujet demeure dans l'ensemble très périphérique par rapport aux enjeux de politique publique traités par ces instances. Surtout, la spécificité du Sénat en la matière n'apparaît pas manifeste dès lors que les députés ne se désintéressent pas non plus des questions de protection des libertés dans leur activité de contrôle de l'activité

⁴⁰ CC, n° 2021-823 DC du 13 août 2021, *Loi confortant le respect des principes de la République*.

⁴¹ CC, n° 2021-828 DC du 9 novembre 2021, *Loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire*.

⁴² CC, n° 2021-822 DC du 30 juillet 2021, *Loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement*.

⁴³ CC, n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*.

⁴⁴ V. par ex. Jacques MEZARD, Rapport n° 480 fait au nom de la commission d'enquête sur l'influence des mouvements à caractère sectaire dans le domaine de la santé, Sénat, 4 avril 2003 ; Jean-Marc JUILHARD, Rapport n° 339 fait au nom de la commission d'enquête sur la maltraitance envers les personnes handicapées accueillies en établissements et services sociaux et médico-sociaux et les moyens de la prévenir, Sénat, 6 juin 2003.

gouvernementale⁴⁵. On relèvera d'ailleurs que pour les questions au Gouvernement, l'Assemblée nationale dispose au sein de sa base de données d'une rubrique spécifique « droits de l'homme et libertés publiques » et « droits fondamentaux », même s'il est vrai qu'en volume, peu de questions sont classées dans cette catégorie⁴⁶.

Dans le même sens, il faut remarquer que si la saisine du Conseil constitutionnel est retenue comme un signe de préoccupation pour la garantie des libertés, alors les députés semblent bien plus soucieux d'une telle garantie que les sénateurs. En effet, les députés saisissent le juge constitutionnel bien plus souvent que les sénateurs⁴⁷. En outre, l'appartenance ou non du Sénat à la majorité présidentielle semble davantage influencer les saisines du Conseil constitutionnel qu'une préoccupation particulière pour la protection des droits et libertés. Pour s'en convaincre, on relèvera que sous le quinquennat de Nicolas Sarkozy, la droite sénatoriale n'a jamais saisi le Conseil constitutionnel, ce qu'elle fera *a contrario* à quarante-sept reprises entre 2012 et 2017 sous le mandat de François Hollande⁴⁸. À l'inverse, alors que la gauche sénatoriale avait saisi le Conseil constitutionnel à trente-neuf reprises sous le quinquennat de Nicolas Sarkozy⁴⁹, elle ne défèrera la loi devant lui qu'à une seule reprise sous le mandat de François Hollande dans le cadre d'une saisine commune avec la droite⁵⁰. Par ailleurs, certaines lois potentiellement attentatoires aux libertés n'ont pas fait l'objet de saisine du Conseil constitutionnel par des sénateurs. On pense notamment à la loi du 30 octobre 2017 qui intégrait dans le droit commun des mesures de l'état d'urgence sécuritaire⁵¹.

Commenté [SB2]: Le site du Conseil constitutionnel indique qu'entre 1958 et le 30 juin 2021, il y a eu 456 saisines du Conseil constitutionnel (mais tout confondu : traités, lois organiques etc.)

⁴⁵ En matière de questions, voir par exemple : Question écrite n° 35127 de Mme Florence GRANJUS (La République en marche – Yvelines), JO de l'Assemblée nationale du 22 décembre 2020, sur les atteintes aux libertés causées par la succession des lois visant à lutter contre le terrorisme et renforcer la sécurité intérieure ; Question écrite n° 35124 de Mme Sylvie TOLMONT (Socialiste apparenté – Sarthe), JO de l'Assemblée nationale du 22 décembre 2020, sur le droit au respect la vie privée des couples non mariés en matière d'attestations de déplacement dans le cadre du confinement. En matière de commission d'enquête, voir par exemple : Jacques FLOCH, Rapport n° 2521 fait au nom de la commission d'enquête sur la situation des prisons françaises, A.N., 28 juin 2000 ; Pascal POPELIN, Rapport n° 2794 fait au nom de la commission d'enquête chargée d'établir un état des lieux et de faire des propositions en matière de missions et de modalités du maintien de l'ordre républicain, dans un contexte de respect des libertés publiques et du droit de manifestation, ainsi que de protection des personnes et des biens, A.N., 21 mai 2015.

⁴⁶ Depuis le début des années 2000, seulement 1310 questions sur plusieurs centaines de milliers ont été classées dans cette rubrique « droits de l'homme et libertés publiques » ou « droits fondamentaux ».

⁴⁷ Depuis la première saisine dans le cadre de la décision 74-53 DC du 30 décembre 1974 et la dernière saisine dans le cadre de la décision n° 2021-828 DC du 9 novembre 2021, les députés ont ainsi saisi le Conseil constitutionnel 439 fois alors que les sénateurs sur la même période ne l'avaient saisi que 321 fois.

⁴⁸ V. en ce sens : Jean-Jacques URVOAS, *Le Sénat*, Que sais-je, 2019, p. 87.

⁴⁹ Nous avons exclu de ce chiffre la saisine ayant conduit à la décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi* dans la mesure où il s'agissait d'une saisine réunissant les signatures de sénateurs de gauche comme de droite.

⁵⁰ CC, n° 2015-711 DC du 5 mars 2015, *Loi autorisant l'accord local de répartition des sièges de conseiller communautaire*.

⁵¹ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

La préoccupation du Sénat pour la protection des droits et libertés n'apparaît donc que de manière limitée, contingente, et non spécifique dans ses activités de contrôle. Ce désintérêt relatif des sénateurs pour les droits et libertés fondamentaux dans leur activité de contrôle de l'action du Gouvernement se retrouve à bien des égards dans les interventions législatives du Sénat.

B. Un Sénat inconstant dans ses interventions législatives

Il ressort de l'analyse de l'activité législative du Sénat que la chambre haute peut indéniablement être un moteur de l'amélioration de la législation dans le sens d'une meilleure protection des droits et libertés. En effet, lors de l'élaboration de la loi, les sénateurs font parfois montre d'une préoccupation particulière pour la constitutionnalité de la législation. Ainsi, un certain nombre de projets ou propositions de loi a été amélioré par le Sénat, grâce à son pouvoir d'amendement, en vue de garantir une meilleure protection des libertés. Un des exemples les plus connus en la matière est sans doute l'introduction par le Sénat de la possibilité d'appel contre les arrêts des cours d'assises⁵². Un autre exemple plus récent est fourni par la loi du 18 juin 2020 dite loi Avia, déjà évoquée, qui a été rejetée par les sénateurs au regard notamment du contenu de l'article 1^{er}, relatif à l'obligation sous peine de sanction pénale de retirer en vingt-quatre heures des contenus manifestement haineux, qu'ils considéraient inconstitutionnels⁵³, ce que confirmera le Conseil constitutionnel⁵⁴. Dans son ouvrage, François Pillet a d'ailleurs documenté cette préoccupation de la chambre haute, dans son activité législative, en faveur de la garantie de certains droits ou libertés comme la liberté de la presse⁵⁵, la protection du droit au respect de la vie privée⁵⁶, la présomption d'innocence⁵⁷ ou la liberté de communication⁵⁸.

⁵² Amendement n° 48 déposé en première lecture par M. Jolibois au nom de la commission des lois du Sénat et adopté en séance publique avec un avis défavorable du Gouvernement. Cet amendement deviendra l'article 81 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁵³ V. Christophe-André FRASSA, Laetitia AVIA, Rapport n° 239 fait au nom de la commission mixte paritaire, 8 janvier 2020, p. 12. Lors de la commission mixte paritaire, qui s'est conclue par un échec, le sénateur Philippe BONNECARRERE explicitait clairement la position du Sénat : « À supposer même que vous franchissiez l'obstacle du Conseil constitutionnel, qui espérons-le, émettra de nombreuses réserves, l'article 1er sera vidé de son sens car je ne vois pas comment vous franchirez celui de l'inconventionnalité ».

⁵⁴ CC, n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, §2-20.

⁵⁵ François PILLET, *Le Sénat, gardien des libertés*, Mare et Martin, coll. « Écrits parlementaires », 2017, pp. 105 et s.

⁵⁶ *Ibid.* p. 115 et s.

⁵⁷ *Ibid.* p. 131 et s.

⁵⁸ *Ibid.* p. 133 et s.

Le Sénat peut aussi être une force d'initiative législative lorsque ses membres déposent des propositions de loi ayant pour objet un renforcement des droits et libertés. Un exemple significatif est la proposition de loi de la droite sénatoriale du 23 mai 2014, jamais examinée, visant à renforcer les pouvoirs de la CNIL en rendant sa saisine obligatoire pour tout projet de loi ou décret s'intéressant aux données personnelles des usagers afin de garantir le droit au respect de la vie privée⁵⁹. Il arrive, exceptionnellement, que certaines de ces propositions de loi finissent par être adoptées définitivement par le Parlement telle la loi du 8 avril 2021, issue d'une proposition de la droite sénatoriale⁶⁰, visant à garantir le droit au respect de la dignité en détention en introduisant de nouveaux recours pour les détenus⁶¹.

S'il ressort des divers exemples cités que le Sénat dans sa fonction législative contribue à la protection des libertés, on ne peut cependant déduire de ce seul fait qu'il serait le gardien des libertés. En effet, reste à savoir si ces exemples sont représentatifs des actions du Sénat en la matière où s'ils ne sont que des cas marginaux dans le volume d'activité de la chambre haute. Cette question pose des difficultés méthodologiques difficilement surmontables. En effet, d'une part, le volume de propositions de loi et d'amendements à analyser est considérable : depuis le début des années 2000, plusieurs milliers de propositions de loi et plusieurs centaines de milliers d'amendements ont été déposés. Une analyse systématique d'un tel volume de données n'était pas possible dans le cadre de la présente étude. D'autre part, il n'est guère aisé de déterminer *a priori* et *in abstracto* si une disposition législative sera de nature à renforcer la protection des libertés. Par conséquent, pour appréhender grossièrement la place de la garantie des libertés dans l'action législative du Sénat, nous avons fait le choix de concentrer notre recherche sur les seules propositions de loi déposées dans deux domaines sensibles pour les droits et libertés fondamentaux : la « police et sécurité »⁶² et la « justice »⁶³. Plus précisément, nous avons retenu comme propositions de loi garantissant les droits et libertés, celles auxquelles les auteurs donnent cet objet dans l'exposé des motifs. Il en résulte que pour la thématique « sécurité et police », 14% des propositions de loi déposées par les sénateurs depuis 2000 ont pour objet de

⁵⁹ Proposition de loi relative à la consultation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés sur tout projet de loi ou décret relatif aux données personnelles déposée par M. Bruno RETAILLEAU, Mme Catherine Morin-DESAILLY et *al.*, Sénat, 23 mai 2014.

⁶⁰ Proposition de loi n° 362 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, présentée par MM. François-Noël BUFFET, Philippe BAS et *al.*, Sénat, 11 février 2021.

⁶¹ Loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention.

⁶² Pour voir l'ensemble des propositions de loi classées sous la thématique « police et sécurité » : <http://www.senat.fr/themes/dossiers-legislatifs-police-et-securite.html>

⁶³ Pour voir l'ensemble des propositions de loi classées sous la thématique « Justice » : <http://www.senat.fr/themes/dossiers-legislatifs-justice.html>

renforcer la protection des droits et libertés fondamentaux⁶⁴. On retrouve des résultats proches pour la thématique « justice » dans la mesure où 13,7% des propositions de loi visent à renforcer les libertés⁶⁵. Si ces données demeurent partielles, dès lors qu'elles ne prennent pas en compte les amendements des sénateurs, elles permettent tout de même de mettre en doute la thèse selon laquelle le Sénat serait de manière générale un gardien des droits et libertés fondamentaux tant ses actions législatives en ce sens apparaissent statistiquement marginales. D'autant que ces statistiques sont artificiellement gonflées par le fait que les propositions de loi visant à la protection de libertés sont souvent rédigées en termes identiques et déposées par les mêmes sénateurs d'une session parlementaire à une autre⁶⁶. Surtout, elles n'aboutissent quasiment jamais à l'examen du texte par une commission du Sénat, et encore moins à son inscription à l'ordre du jour de la séance publique, à son adoption puis à sa transmission à l'autre assemblée⁶⁷. En d'autres termes, malgré l'attachement affiché de l'institution aux questions de droits et libertés, et sa maîtrise d'une partie de l'ordre du jour depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'essentiel des propositions de loi qui portent sur cette matière finit par devenir caduc faute d'examen.

Au regard de ces premiers éléments, il est possible d'émettre l'hypothèse que les cas où le Sénat a manifesté une préoccupation particulière pour la sauvegarde des libertés ne sont pas représentatifs d'une pratique bien établie et uniforme de la seconde chambre du Parlement, mais des exemples épars et hétérogènes. En d'autres termes, au regard des données présentées, que ce soit en matière de contrôle de l'activité gouvernementale ou en matière législative, on ne peut guère identifier, ailleurs que dans les discours institutionnels, une doctrine de préservation des droits et libertés permettant d'affirmer avec certitude que le Sénat serait en pratique un gardien des droits et libertés fondamentaux. Cette hypothèse est encore renforcée par le fait que

⁶⁴ Du 1^{er} novembre 2000 au 16 novembre 2021, 192 propositions de loi ont été déposées par des sénateurs et classées dans la thématique « sécurité et police » par les services du Sénat. Sur l'ensemble de ces propositions, 27 ont pour objet de renforcer les droits et libertés fondamentaux.

⁶⁵ Du 1^{er} novembre 2000 au 16 novembre 2021, 350 propositions de loi ont été déposées par des sénateurs et classées dans la thématique « justice » par les services du Sénat. Sur l'ensemble de ces propositions, 48 ont pour objet de renforcer les droits et libertés fondamentaux.

⁶⁶ Par exemple, entre 2011 et 2014 on compte pas moins de cinq propositions de loi relatives à la création d'un dispositif de suspension de détention provisoire pour motif d'ordre médical rédigées en termes identiques.

⁶⁷ Sur les 542 propositions de loi déposées dans les domaines « sécurité et police » et « justice » entre le 1^{er} janvier 2000 et le 16 novembre 2021, seulement quatre ont été *in fine* adoptées par le Parlement : Loi n° 2000-1354 du 30 décembre 2000 tendant à faciliter l'indemnisation des condamnés reconnus innocents et portant diverses dispositions de coordination en matière de procédure pénale ; Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales ; Loi tendant à faciliter l'indemnisation des condamnés reconnus innocents et portant diverses dispositions de coordination en matière de procédure pénale : Loi modifiant la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté ; Loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention.

la chambre haute est, dans sa fonction législative, un acteur non négligeable de la violation des droits et libertés fondamentaux.

II. Le Sénat, un acteur des atteintes aux droits et libertés fondamentaux

À bien des égards, le Sénat peut être une source significative de violation des droits et libertés fondamentaux (A). Cela amène à s'interroger sur la capacité même du Sénat à être un véritable protecteur des libertés compte tenu de son positionnement institutionnel (B).

A. Des actions du Sénat violant les droits et libertés fondamentaux

Comme nous l'avons souligné, l'analyse des actions du Sénat ne permet guère de conforter solidement le discours institutionnel présentant l'institution comme la gardienne des droits et libertés fondamentaux. Pour autant, peut-on aller plus loin et affirmer que la chambre haute serait une institution nuisible aux droits et libertés ? Pour répondre à cette interrogation, il pourrait être tentant de porter une appréciation subjective en choisissant librement des cas où le Sénat aurait, selon nous, porté atteinte à tel droit ou liberté. Une telle analyse serait cependant peu probante. Nous avons préféré nous appuyer sur une donnée objective : la censure par le Conseil constitutionnel de dispositions législatives au regard des droits et libertés constitutionnels. En retraçant l'origine de ces dispositions législatives, il est possible de déterminer si des sénateurs en sont ou non les auteurs et de mesurer ainsi le rôle du Sénat dans la violation de ces droits et libertés. Or, l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle conduit à constater que loin d'être un protecteur inflexible des libertés, le Sénat participe régulièrement à la violation de la Constitution.

Cette participation peut d'abord être indirecte lorsque les sénateurs ne sont pas à l'origine d'une disposition législative, mais acceptent de la voter bien que sa conformité aux droits et libertés constitutionnels apparaisse *a minima* douteuse. L'exemple de la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire est en ce sens intéressant. Lors de l'examen du projet de loi par le Sénat, le rapporteur de la commission des lois, le sénateur Philippe Bas, alerta ses collègues sur le risque d'inconstitutionnalité du dispositif d'isolement de plein droit

et contraint des personnes testées positives à la Covid-19 prévu par le texte gouvernemental⁶⁸. La commission avait donc proposé par voie d'amendement un dispositif alternatif ne prévoyant une contrainte qu'à condition d'une décision individuelle d'une autorité administrative, ce qui avait vocation à préserver la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution. Toutefois, s'appuyant sur l'avis du Conseil d'État⁶⁹, la majorité gouvernementale obtiendra des sénateurs le rétablissement du dispositif initial, quelque peu amendé, en commission mixte paritaire. Le projet de loi sera, après une nouvelle lecture, adopté par le Sénat malgré les risques d'inconstitutionnalité des dispositions relatives à l'isolement de plein droit en cas de test positif à la Covid-19. Par la suite, dans sa décision du 5 août 2021, le Conseil constitutionnel ne manquera pas de censurer le dispositif sur le fondement de la liberté individuelle, en s'appuyant sur un raisonnement analogue à celui développé par la commission des lois du Sénat⁷⁰. On pourrait arguer que ce choix du Sénat d'adopter le texte malgré la potentielle inconstitutionnalité d'une de ses dispositions pouvait se justifier par des considérations d'opportunité liées au fait que dans un bicaméralisme inégalitaire, la chambre haute ne dispose que d'un pouvoir de convaincre. En effet, le projet de loi ne se réduisait pas à l'isolement de plein droit et pour éviter que tout le travail des sénateurs ne soit écarté par le dernier mot de l'Assemblée nationale, les sénateurs devaient accepter le compromis. Mais cela met alors d'autant plus en doute l'aptitude du Sénat à être le gardien des libertés dès lors que la garantie des droits et libertés fondamentaux ne peut être conditionnée ou dépendante de ce qui apparaît politiquement opportun à la majorité sénatoriale.

La participation du Sénat à la violation des libertés peut également être directe lorsque les sénateurs sont à l'origine de dispositions législatives portant une atteinte disproportionnée aux droits et libertés constitutionnels. Un exemple topique est celui du délit de consultation

⁶⁸ Philippe BAS, Rapport n° 798 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire, Sénat, 23 juillet 2021, p. 13. Le rapporteur note ainsi que « *Dans le régime proposé par le projet de loi, le placement et le maintien à l'isolement seraient la conséquence non pas d'une décision préfectorale prise sur proposition du directeur général de l'agence régionale de santé, mais de la communication d'un examen médical concluant à la contamination par la covid-19. Il convient de rappeler, comme l'a fait le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, que les mesures contraignantes d'isolement sont des mesures privatives de liberté. Créer une mesure privative de liberté automatique serait un grave précédent* ».

⁶⁹ CE, 20 juillet 2021, Avis sur un projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire, §25 : « *Le Conseil d'État estime qu'une telle mesure [de placement en isolement de plein droit] ne se heurte à aucune exigence constitutionnelle ou conventionnelle, sous réserve qu'elle soit accompagnée de garanties permettant de s'assurer que les personnes concernées ont reçu communication, d'une part, des résultats du test de dépistage, et d'autre part, de l'ensemble des informations utiles concernant le régime du placement à l'isolement* ».

⁷⁰ CC, n° n° 2021-824 DC du 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*, §108-119. Le Conseil juge notamment que « *l'objectif poursuivi par les dispositions contestées n'est pas de nature à justifier qu'une telle mesure privative de liberté s'applique sans décision individuelle fondée sur une appréciation de l'autorité administrative ou judiciaire* ».

habituel des sites internet terroristes. Ce délit avait été introduit en 2016 par le groupe *Les Républicains* du Sénat⁷¹ à l'occasion de l'examen, en première lecture, du projet de loi renforçant la lutte contre le terrorisme⁷². Cet amendement était déjà la reprise d'une proposition de loi de ces mêmes sénateurs qui avait été adoptée par le Sénat en février 2016, mais jamais examinée par l'Assemblée nationale⁷³. Toutefois, ce délit, qui visait à réprimer de manière assez large la consultation habituelle de sites internet diffusant des vidéos ou messages montrant ou faisant l'apologie d'actes terroristes, fera l'objet d'une censure du Conseil constitutionnel, à l'occasion d'une décision QPC du 10 février 2017, qui jugera qu'une telle infraction porte à la liberté de communication une atteinte disproportionnée⁷⁴. La décision du Conseil ne laissait guère de doute quant au fait que l'introduction de garanties supplémentaires ne permettrait pas de rendre un tel délit constitutionnel⁷⁵. Cela n'arrêtera pas pour autant les sénateurs qui, bien qu'ayant conscience des risques d'inconstitutionnalité⁷⁶, réintroduiront en commission mixte paritaire, en violation de la règle constitutionnelle de l'entonnoir⁷⁷, le même délit, dans une version légèrement modifiée, à l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à la sécurité publique⁷⁸. De nouveau saisi d'une QPC sur cette nouvelle version du délit, le Conseil

⁷¹ Amendement n° 65 rect. bis présenté par MM. RETAILLEAU, BUFFET, ALLIZARD et al. en séance publique, Sénat, 30 mars 2016.

⁷² Projet de loi n° 445 adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, transmis par M. le Premier ministre à M. le président du Sénat, 9 mars 2016.

⁷³ Proposition de loi n° 280 tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste déposée par MM. Philippe BAS, Bruno RETAILLEAU, François ZOCCHETTO, adoptée par le Sénat le 2 février 2016.

⁷⁴ CC, n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, M. David P. [*Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes*].

⁷⁵ *Ibid.*, §13. Le Conseil a notamment relevé l'absence de nécessité de l'atteinte à la liberté de communication dès lors qu'« au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution ».

⁷⁶ Rapport n° 399 de MM. François GROSDIDIER et Yves GOASDOUE fait au nom de la commission mixte paritaire sur le projet de loi relatif à la sécurité publique, déposé le 13 février 2017, pp. 12-13. Le sénateur Philippe Bas relève en ce sens que : « Dans cette décision extrêmement motivée, à laquelle nous sommes obligés de nous conformer, le Conseil constitutionnel a jugé - ce qui rend très difficile son rétablissement - que ce délit créé par la loi du 3 juin 2016, utilisé depuis pour engager des poursuites et ayant donné lieu à des condamnations, n'était ni nécessaire, ni adapté, ni proportionné. [...] Moyennant toutes ces précautions, et sans pouvoir exclure que le Conseil constitutionnel s'oppose à cette nouvelle rédaction - personne ne pouvait prédire qu'il s'opposerait à l'ancienne -, je vous propose d'adopter cette disposition ».

⁷⁷ La règle de l'entonnoir, régulièrement réaffirmée par le Conseil constitutionnel (v. par ex. CC, 2019-786 DC du 11 juillet 2019, §18-25) implique qu'après la première lecture, et *a fortiori* lors de la commission mixte paritaire, les adjonctions ou les modifications au texte examiné doivent être en relation directe avec des dispositions restant en discussion. Or, le délit de consultation habituelle des sites internet terroristes était sans lien avec des dispositions du projet de loi restant en discussion.

⁷⁸ Projet de loi n° 399 relatif à la sécurité publique, texte élaboré par la commission mixte paritaire, 13 février 2017.

constitutionnel la censurera dans une décision du 15 décembre 2017 pour les mêmes motifs que ceux formulés dans sa première décision⁷⁹.

Il existe de nombreux autres exemples de dispositions législatives issues d'amendements de sénateurs qui ont été censurées par le juge constitutionnel. Si on se réfère uniquement aux décisions les plus récentes du Conseil constitutionnel, on peut citer l'article 26 de la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République introduit par des sénateurs en première lecture⁸⁰. Cet article subordonnait le séjour d'un étranger en France à l'absence de manifestation d'un rejet des principes de la République. Cette disposition sera censurée par le Conseil, dans sa décision du 13 août 2021, sur le fondement de l'objectif d'intelligibilité de la loi au regard du flou entourant la notion de « principes de la République » pouvant conduire à des décisions arbitraires des autorités administratives⁸¹. On peut aussi citer le cas de la loi du 25 mai 2021 pour une sécurité globale dans laquelle les sénateurs avaient introduit, en première lecture, un article 41 prévoyant le placement sous vidéosurveillance des personnes retenues dans les chambres d'isolement des centres de rétention administrative et des personnes en garde à vue⁸². Cette disposition sera censurée par le juge constitutionnel, dans sa décision du 20 mai 2021, sur le fondement du droit au respect de la vie privée⁸³.

Ces éléments interrogent : un organe qui est à l'origine de violations des droits et libertés fondamentaux peut-il être simultanément considéré, de manière générale, comme le gardien de ces droits et libertés ? On peut sérieusement en douter tant la protection des libertés ne peut se faire par éclipse. Surtout, les exemples évoqués manifestent un phénomène inquiétant dès lors qu'ils soulignent que le Sénat est loin d'être immunisé contre la tendance sécuritaire qui s'est emparée des gouvernants depuis plusieurs années, dans un contexte où semble primer l'idée que « la sécurité serait la première des libertés » selon une formule désormais reprise au plus haut sommet de l'Etat⁸⁴. Loin de jouer le rôle de modérateur en matière de sécurité ou de lutte

⁷⁹ CC, n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II]*.

⁸⁰ Amendement n° 293 rect. bis déposé en séance publique par MM. KAROUTCHI, ALLIZARD, ANGLARS et al., Sénat, 30 mars 2021.

⁸¹ CC, n° 2021-823 DC du 13 août 2021, *Loi confortant le respect des principes de la République*, § 48-55.

⁸² Amendement n° 330 rect. bis déposé en séance publique par M. RICHARD, Sénat, 16 mars 2021 ; amendement n° 359 déposé en séance publique par le Gouvernement, Sénat, 16 mars 2021. Si les dispositions de l'article 41 sont issues de ces deux amendements identiques dont un a été présenté par le Gouvernement, on soulignera qu'elles n'en restent pas moins d'initiative sénatoriale. En effet, en séance publique, c'est bien le sénateur Richard qui a défendu les amendements, le ministre de l'Intérieur se limitant à renvoyer aux propos du sénateur.

⁸³ CC, n° 2021-817 DC du 20 mai 2021, *Loi pour une sécurité globale préservant les libertés*, § 83-88.

⁸⁴ Après notamment François Hollande lors de la campagne présidentielle de 2012 ou Manuel Valls devant l'Assemblée nationale après les attentats du 13 novembre 2015, Emmanuel Macron a repris à son compte ce slogan : « Discours du président de la République en clôture du Beauvau de la sécurité », 14 septembre 2021.

contre le terrorisme, le Sénat semble participer activement à la multiplication des dispositifs attentatoires aux droits et libertés fondamentaux. Cela conduit à questionner, de manière plus générale, la compatibilité entre le positionnement institutionnel du Sénat et le rôle de gardien des libertés qu'il s'autoconfère.

B. Un positionnement institutionnel du Sénat incompatible avec la protection des droits et libertés fondamentaux

En théorie, rien n'interdit qu'une assemblée parlementaire puisse jouer le rôle de gardien des droits et libertés fondamentaux. Comme le rappelle un auteur, « *le droit public français repose historiquement sur l'idée que le Parlement est le meilleur défenseur possible des libertés publiques : par la loi, il en fixe le régime et par le contrôle qu'il exerce sur l'exécutif, il en assure le respect* »⁸⁵. Dans l'histoire constitutionnelle de la France, le Parlement a longtemps été perçu comme la principale source des libertés publiques : à la fin du XIXe siècle, il a consacré les grandes libertés telles que la liberté de réunion⁸⁶, la liberté de la presse⁸⁷, la liberté syndicale⁸⁸ ou encore la liberté d'association⁸⁹. En confiant à la loi le soin de fixer « *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », les constituants de 1958 ont perpétué le rôle central joué par le Parlement dans la définition et la consécration des droits et libertés. Toutefois, il faut admettre que « *cette confiance dans le législateur s'est souvent trouvée déçue, sous la IIIe République, pourtant censée être l'âge d'or des libertés, comme sous la IVe* »⁹⁰. Au regard des données récoltées sur le Sénat de la Ve République, que ce soit dans sa fonction législative ou de contrôle, on ne peut que réitérer le même constat.

Et pour cause, pour qu'une assemblée parlementaire puisse protéger les libertés, encore faut-il qu'elle jouisse, comme n'importe quel organe de protection des libertés, d'une certaine indépendance et d'une distance notamment à l'égard des pressions partisans et des événements du moment. Sans quoi, l'assemblée parlementaire se trouve soumise aux calculs politiques et aux logiques majoritaires qui peuvent la conduire à sacrifier les droits et libertés fondamentaux sur l'autel des intérêts partisans. Or, la dynamique des institutions de la Ve République a

⁸⁵ Patrick WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, coll. « Cours », 2021, 9e éd., p. 314.

⁸⁶ Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion.

⁸⁷ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁸⁸ Loi du 21 mars 1884 dite Waldeck-Rousseau relative aux syndicats professionnels.

⁸⁹ Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

⁹⁰ Patrick WACHSMANN, *ibid.*

conduit à ce que non seulement l'Assemblée nationale soit emportée par la logique majoritaire depuis l'émergence du fait majoritaire en 1962, mais que cette tendance affecte par la suite également le Sénat d'où il résulte un Parlement moins soucieux des droits et libertés fondamentaux⁹¹. Pourtant la chambre haute du Parlement français avait été pensée comme une assemblée constituée de membres plus expérimentés⁹² à même de conserver une hauteur de vue par rapport à leurs homologues de l'Assemblée nationale soumis aux fluctuations des majorités et aux pressions de la rue. Cette distance et cette indépendance plus grandes du Sénat auraient pu constituer le terreau idéal à l'émergence d'une assemblée protectrice des droits et libertés fondamentaux.

Toutefois, à partir du moment où le Sénat est entré dans la logique majoritaire avec l'élection de Valéry Giscard D'Estaing⁹³, qui a vu l'émergence d'une majorité sénatoriale favorable à l'exécutif, la chambre haute a perdu les qualités requises pour assurer la protection des libertés. La tendance du Sénat à entrer dans la logique majorité/opposition, qui s'est accentuée à partir de 1981 avec la nouvelle majorité présidentielle de gauche⁹⁴, l'a conduit à ne plus être un contre-pouvoir indépendant face à l'alignement entre l'exécutif et la chambre basse, mais à être un acteur à part entière de cette dynamique capable d'appuyer le pouvoir présidentiel ou le limiter selon la couleur politique de la majorité présidentielle. Or, en entrant pleinement dans cette dynamique, ce n'est pas tant l'objectif de modération et de protection des libertés qui prime, mais l'intérêt partisan du moment de la majorité sénatoriale. Par exemple, face à la majorité présidentielle d'Emmanuel Macron, qui a des prétentions sur l'électorat de droite, la majorité sénatoriale entend, grâce à ses actions, se présenter comme le parti de la sécurité afin de préempter un sujet cher à son électorat. Ces calculs politiques l'ont conduite ces dernières années à être à l'initiative de dispositions législatives violant les droits et libertés fondamentaux. La pratique du Sénat mène dès lors à un constat : la protection des libertés n'apparaît pas comme

⁹¹ Loïc PHILIP, « Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel », *RFSP*, 1984, n°4-5, pp. 988-1001, spé. p. 998. L'auteur observe en ce sens que « *La majorité de l'Assemblée nationale ne contrôle pas le gouvernement elle le soutient et consolide son pouvoir. Ce n'est pas le Parlement qui fait la loi mais le gouvernement ; le législateur se borne à la voter en apportant quelques retouches. Dans ces conditions une majorité parlementaire peut très bien être amenée à restreindre ou méconnaître certaines libertés fondamentales* ».

⁹² On rappellera par exemple qu'historiquement l'éligibilité au Sénat était conditionnée, contrairement à celle des députés, à un âge minimum de trente-cinq ans (article LO296 du Code électoral). Cet âge a été abaissé à 30 ans en 2003 puis 24 ans en 2011. De même le suffrage universel indirect a vocation à donner plus d'indépendance aux sénateurs à l'égard des tendances conjoncturelles de l'opinion.

⁹³ V. notamment sur ce point : V. Boyer, « Le Sénat, contre-pouvoir au bloc majoritaire ? », *RFDC*, 2011, n° 85, pp. 41-68, spé. pp. 44 et s. ; Jean DE SAINT SERNIN, « La majorité sénatoriale sous la Ve République. Les différentes configurations à l'égard de l'exécutif », *Pouvoirs*, 2016, n° 159, pp. 53-64, spé. p. 57.

⁹⁴ *Ibid.*

une finalité en soi de la chambre, elle est au mieux un simple moyen à la disposition des sénateurs pour réaliser un objectif partisan.

Pour que le Sénat puisse être un véritable gardien des droits et libertés fondamentaux, il doit sortir du jeu partisan et devenir une véritable chambre modératrice et indépendante. Cela suppose un changement de culture politique significatif sans doute difficilement réalisable sans réforme d'ampleur de la composition de la chambre haute. Mais cette évolution serait salutaire pour la légitimité du Sénat qui apparaît parfois, selon les périodes, comme un dédoublement de l'Assemblée nationale ou comme une simple chambre d'opposition. Une telle évolution apparaît d'autant plus opportune que l'intervention d'une chambre parlementaire dans la protection des droits et libertés fondamentaux est complémentaire de celle du juge, et peut même lui être supérieure. En effet, une assemblée législative peut intervenir au cours de la procédure législative afin d'empêcher, de sa propre initiative, l'adoption de toute disposition législative liberticide. Sans forcément parvenir à s'opposer systématiquement à l'adoption de dispositions législatives liberticides, *a minima*, la chambre parlementaire peut contribuer à informer les justiciables d'une éventuelle atteinte et à préparer le travail du juge. Par comparaison, un juge, à la légitimité plus réduite, ne peut jamais s'autosaisir et n'intervient, sauf exception⁹⁵, qu'*a posteriori*, c'est-à-dire après que les droits et libertés fondamentaux aient pu être violés par une disposition législative. Surtout, le contrôle du juge est le plus souvent restreint afin de tenir compte de la légitimité démocratique de la loi, expression de la volonté générale, et du pouvoir discrétionnaire particulièrement étendu du législateur⁹⁶.

En conclusion, si la thèse d'un Sénat gardien des droits et libertés fondamentaux est contredite par l'analyse de la pratique de l'institution tant dans sa fonction de contrôle de l'action du Gouvernement que dans sa fonction législative, la chambre haute aurait tout intérêt à faire de cette fiction une réalité. En effet, en devenant un véritable gardien des libertés, le Sénat jouirait d'une légitimité renforcée et consoliderait sa place au sein des institutions de la

⁹⁵ On pense ici essentiellement au contrôle de constitutionnalité *a priori* exercé par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61 de la Constitution.

⁹⁶ C'est ce pouvoir discrétionnaire étendu qui explique la formule du Conseil constitutionnel selon laquelle il « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* » (v. par ex. CC, n° 2021-828 DC du 9 novembre 2021, § 15) et son contrôle généralement restreint de l'atteinte portée aux droits et libertés constitutionnels.

Ve République. Il suivrait alors un modèle éprouvé au sein des institutions de 1958 qui a réussi au Conseil constitutionnel avant lui.