

EDITORIAL

Deux ou trois pas dans les nuages...

La Constitution de la V^o République n'a pas encore battu le record de longévité de la III^o République, avec ses heures de gloire et ses jours de tragédie, mais elle est devenue le régime politique le mieux ancré dans la tradition républicaine, même si l'on ne peut que déplorer l'abandon du septennat intervenu en 2000. Vouloir inventer une VI^o République en forme de slogan électoral, à la veille du cinquantenaire de la Constitution de 1958, n'aurait été qu'un coup bas, là où la France moderne a plus que jamais besoin d'institutions solides, stables et incontestées. On est encore loin des institutions américaines, si anciennes et si jeunes, plus de deux cents ans après les Pères fondateurs, sans parler de la monarchie britannique, ce vivant livre d'histoire, remontant à la conquête des Normands en 1066.

Mais il existe aussi une part irréductible de continuité dans notre droit. De manière symbolique, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, adoptée « en présence et sous les auspices de l'Être suprême », a été promulguée par le Roi Louis XVI. Elle devait servir de Préambule à la Constitution de 1791 dont l'article premier affirme que « le Royaume est un et indivisible ». Bien plus, la Constitution précisant la garantie des « droits naturels et civils » prévoit l'établissement d'un « établissement général de Secours publics, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pu s'en procurer », ainsi que « d'une Instruction publique, commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes ». On le voit, au-delà du vocabulaire de l'époque, ce sont des droits sociaux et des droits culturels qui sont pris en compte, venant compléter les libertés publiques consacrées par la Déclaration de 1789.

La Constitution de 1946 renoue le fil du temps en faisant siens « les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », qu'elle complète par des principes politiques, économiques et sociaux « particulièrement nécessaires à notre temps ». Un de ces principes fait lui-même référence à la tradition républicaine, puisque, selon l'alinéa 14, « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». La Constitution de 1958 s'inscrit elle aussi dans cette belle continuité, avec un préambule, où le fondement même du constitutionalisme est rappelé avec force et sobriété : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale, tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ». Ce texte qui semble gravé dans le marbre, fait la synthèse

entre les droits de l'homme et les droits de la souveraineté nationale, l'héritage séculaire et le referendum populaire.

C'est sur ce socle que se sont développés les deux piliers de la protection des droits de l'homme, avec le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais également l'incorporation du droit international. Les révisions constitutionnelles rendues nécessaires pour ratifier de nouveaux engagements, qu'il s'agisse des traités européens ou du Statut de Rome sur la Cour pénale internationale, ont d'ailleurs permis au Conseil constitutionnel de préciser la hiérarchie des normes, en rappelant que la souveraineté nationale, c'est-à-dire la volonté du peuple dans le cadre de l'Etat de droit, reste la clef de voûte de notre démocratie.

A cet égard, la révision intervenue avec la loi constitutionnelle du 23 février 2007, qui constitutionnalise l'abolition de la peine de mort, en introduisant un nouvel article 66-1, crée une situation juridique inédite. En effet le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 octobre 2005 avait relevé le caractère irrévocable du deuxième Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort, ce qui avait entraîné une révision de la Constitution préalable à la ratification effectuée le 2 octobre 2005. Dans le même temps, la France ratifiait également le protocole n° 13 à la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi l'abolition de la peine de mort fait-elle l'objet d'une série de verrous. Mais si ce qu'une révision constitutionnelle a fait, une autre révision peut le défaire – comme on l'a vu avec la prohibition aux Etats-Unis –, l'adhésion au deuxième Protocole facultatif est irréversible. Tout se passe donc comme si le traité n'avait pas seulement une autorité supérieure à la loi, selon la logique de l'article 55 de la Constitution, mais qu'il relevait désormais d'une sorte de supra-constitutionnalité, de fait sinon de droit.

Il serait intéressant de rechercher si d'autres traités créent de semblables formes de supra-constitutionnalité. C'est toute l'ambiguïté de la réception des traités communautaires. Le nouveau traité de Rome, pompeusement intitulé *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, au risque de créer une ambiguïté fatale, affirmait sans ambages la « primauté » de la Constitution et du droit dérivé « sur le droit des Etats membres » (art. 10). Certes, l'article 5 se voulait rassurant, en précisant que « l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ». Mais en va-t-il de même pour les principes de l'article premier de la Constitution, en vertu duquel « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ». Les débats sur « l'héritage chrétien » de l'Europe ou sur la reconnaissance de minorités nationales, montrent assez que les principes de laïcité et d'indivisibilité sont battus en brèche. Le Conseil constitutionnel s'était prononcé dans sa décision du 19 novembre 2004, en fixant plusieurs lignes rouges sur le fond, mais en se contentant d'un syllogisme assez formel, quant à la portée du droit communautaire : c'est en effet en vertu de la Constitution française, notre loi suprême, que le peuple souverain aurait autorisé la ratification du traité instituant une Constitution européenne qui prévoit elle-même expressément la primauté du droit communautaire...

On sait qu'il n'en a pas été ainsi, mais d'une certaine manière le Traité de Lisbonne suscite les mêmes interrogations. Certes le traité est bel et bien un traité, mais la simplification annoncée procède par escamotage. Ainsi on ne trouve guère de trace de la primauté du droit communautaire, mais celle-ci est déjà garantie par la CJCE. Bien plus, le nouvel article 5 contient en germe une contradiction : « L'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités, ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ». Comment assurer à la fois l'égalité juridique des Etats et le respect des particularismes inhérents à leur « identité nationale » ? Et qui veillera à cette conciliation, le juge européen ou le juge interne ? Saisi du nouveau texte, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 décembre 2007 s'est contenté de renvoyer pour l'essentiel à ses analyses de 2004, en soulignant « que le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international (§ 7). Quelle est la nature de cette « intégration » de deux ordres qui restent distincts ? Là aussi le Conseil se borne à préciser au passage que « la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne » est confirmée, même si des « transferts de compétences » peuvent être effectués, pour en tirer la conclusion « que lorsque des engagements souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle » (§ 9). Cette révision ayant été effectuée, il reste à attendre la ratification du traité de Lisbonne par tous les Etats membres de l'Union européenne. Espérons seulement que les garde-fous mis en place par les décisions de 2004 et de 2007 seront suffisamment crédibles, pour éviter toute remise en cause du « contrat social » qui est au cœur du pacte républicain.

Mai, alors que ce chantier est loin d'être achevé, la France a entamé un autre chantier, avec la mise en place du *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République*. Les instances communautaires n'ont pas le monopole du style amphigourique. Ce Comité, présidé par M. Balladur a eu la sagesse de ne pas toucher au Préambule de la Constitution, contrairement à M. Raffarin qui avait tenu à y adosser « la Charte de l'environnement de 2004 ». Le rapport remis par le Comité Balladur comporte quelques avancées et beaucoup d'incertitudes sur le terrain des droits de l'homme qui seul retiendra notre attention ici.

Au rang des incertitudes, on citera l'article 16, puisque la réforme préconisée par le comité et entérinée par le Parlement prévoit désormais un « avis public » du Conseil constitutionnel. C'est trop ou trop peu, car à défaut d'un avis véritable conforme, on ne fait que créer une nouvelle querelle du gardien de la Constitution, avec une crise en germe entre le chef de l'Etat et le Conseil constitutionnel. Que serait-il advenu si les avis négatifs donnés en 1961 au général de Gaulle – on le sait aujourd'hui grâce aux archives personnelles de Léon Noël – avaient été rendus publics ?

Autre incertitude, l'idée d'instituer un « *Défenseur des droits fondamentaux* » visant à protéger « non seulement les droits légitimes des citoyens, mais aussi et surtout certains de leurs droits fondamentaux ». On peut s'étonner doublement du vocabulaire choisi, dans la mesure où il rompt avec la tradition constitutionnelle des « droits de l'homme et

du citoyen », mais semble en même temps ignorer les droits fondamentaux de toute personne présente sur le sol national, « citoyen » ou étranger. Si l'idée de donner un statut constitutionnel au Médiateur de la République, pourquoi ne pas conserver ce titre, désormais bien connu de l'opinion publique et qui a fait école dans de nombreux pays francophones. Parler de Défenseur des droits fondamentaux n'ajoute rien et semble traduite une frilosité à l'égard du vocabulaire révolutionnaire des « droits de l'homme », annonçant un ralliement aux « droits humains » sans doute plus politiquement corrects pour une certaine gauche, depuis que Mme Royal a utilisé cette formule à l'occasion de sa visite en Chine. Au-delà du titre ambigu, c'est le contour de la fonction qui reste particulièrement flou. Les travaux parlementaires n'ont apporté aucune clarification sur ces points. Conformément au projet présenté par le Premier ministre le texte adopté par l'Assemblée Nationale visait « *Le Défenseur des droits des citoyens* », le texte définitif du titre XI bis, « *Le Défenseur des droits* », comme si Fernand Raynaud était passé par là.

Quels droits ? L'article 71-1 répond : « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, etc. ». Quels droits et quelles libertés, dira-t-on encore ? Cette manière de tourner autour du pot pour ne pas parler des droits de l'homme et du citoyen comme en 1789, des « droits et libertés de l'homme et du citoyen » comme en 1946, ni même des « droits fondamentaux » comme la Charte de Nice en 2000, traduit un non-dit inquiétant, dans la recherche du plus petit dénominateur commun, qui pourrait inclure tout aussi bien la SPA, avec la protection de la faune et de la flore. A l'évidence le poids des petits arrangements l'a emporté sur le souffle des grands ancêtres. Le périmètre de l'institution est encore plus incertain, au risque de faire disparaître des instances indépendantes fortement spécialisées, comme la Commission nationale de déontologie de la sécurité ou le nouveau contrôleur général des lieux de privation de liberté, qui ont avant tout besoin de moyens, voire la HALDE.

Reste un progrès majeur, avec ce qu'il est convenu d'appeler l'exception d'inconstitutionnalité, avec le nouvel article 61-1 qui permet de soumettre à l'examen du Conseil constitutionnel une disposition législative [qui] porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit... Ce faisant le Conseil constitutionnel, avec l'aide du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, chargé d'un premier filtre qui leur permettra d'interpréter des dispositions manifestement « claires », permettra de faire prévaloir la primauté de la Constitution, en exerçant un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur les lois, alors que jusqu'à cette réforme, seul un « contrôle de conventionnalité » des lois exercé par les juridictions ordinaires n'était possible. Ainsi la hiérarchie des sources, clairement établie par la Constitution, trouvera son écho dans la hiérarchie des contrôles. On peut espérer que ce renforcement du rôle du juge constitutionnel, et indirectement des deux ordres juridictionnels, rendra plus « efficaces » les recours internes, contribuant ainsi à désencombrer la Cour européenne des droits de l'homme.

Les vieux légistes disaient qu'entre deux aigles, on ne peut savoir lequel est le plus haut dans le ciel, évitant ainsi d'avoir à choisir entre la loi et le traité. Désormais c'est le « bloc de constitutionnalité » qu'il leur faudra appliquer, à condition que ce bloc ne soit pas encombré de notions vagues, comme cela avait déjà été le cas avec la Charte de l'environnement de 2004 ; Un « principe de précaution » devrait prévaloir dans les travaux des diverses commissions chargées de modifier le Préambule de la Constitution,

la Commission Simone Veil, mise en place par le Président de la République, mais aussi la Commission Mazeaud, établi par M. Hortefeux s'agissant des quotas d'immigration, sans parler de la nouvelle Commission Balladur sur la décentralisation. On voit mal comment un consensus pourrait se faire sur la bioéthique, alors que la révision des lois du même nom traîne en longueur et que la France rechigne à ratifier les conventions du Conseil de l'Europe sur la bioéthique qu'elle a contribué à faire élaborer. Multiplier les principes polysémiques, comme « diversité » ou de « dignité » ne ferait que déplacer le problème des mains du législateur dans celles du juge constitutionnel.

L'article 16 de la Déclaration de 1789 a trouvé enfin sa pleine réalisation : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». La France a désormais une Constitution. Il s'agit seulement de l'appliquer...

Emmanuel DECAUX