

A quoi peut (encore) servir le Conseil constitutionnel ?

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. A quoi peut (encore) servir le Conseil constitutionnel ? . Plein Droit, GISTI, 2008, pp.29. <hal-01665009>

HAL Id: hal-01665009

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01665009>

Submitted on 15 Dec 2017

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.

A quoi peut (encore) servir le Conseil constitutionnel ?

Véronique Champeil-Desplats

Professeur de droit public à l'Université de Paris X-Nanterre

Comme la quasi-totalité des lois relatives à l'immigration, la loi adoptée par le Parlement le 25 octobre 2007 a été déférée au Conseil constitutionnel par 60 députés et par 60 sénateurs. Cette association des députés et des sénateurs n'est pas la première concernant des lois sensibles et polémiques adoptées depuis la nouvelle législature. Sensible et polémique, la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile l'était assurément. Si la majeure partie de la politique voulue par le Président de la République en la matière a déjà largement été initiée au moment où il était ministre de l'Intérieur, cette loi est la première qui provient du très controversé ministère de l'Immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du co-développement.

Elle présentait de surcroît deux dispositions issues d'amendements qui avaient particulièrement ému, à savoir le recours à des tests ADN comme moyen de preuve de la filiation des enfants candidats au regroupement familial avec un étranger résidant sur le territoire national, et la possibilité de procéder à des statistiques sur la base de données ethniques ou raciales. Le tollé provoqué par le recours aux tests d'ADN tels que le préconisait initialement l'amendement introduit par le député Mariani avait d'ailleurs conduit la majorité à faire machine arrière. Mais celle-ci souhaitait néanmoins maintenir le principe du recours aux tests ADN, quitte à en circonscrire les conditions. La rédaction finale de l'article 13 de la loi déférée rend ainsi possible le recours à des tests ADN, mais à la demande de la personne qui souhaite obtenir un visa, pour établir une filiation à l'égard de la mère et avec le consentement des personnes concernées. Cette mesure est instituée à titre expérimental pendant une période d'au maximum 18 mois. Les « conditions de mise en œuvre des mesures d'identification des personnes par leurs empreintes génétiques » et la liste des pays concernés par cette mesure sont définies par décret en Conseil d'Etat après avis du Comité consultatif national d'Ethique.

On peut regretter que les auteurs des deux saisines - bien timides et de surcroît rédigées en termes identiques (!) - aient concentré leurs forces sur ces deux seules dispositions. Même si l'on peut penser que la censure d'autres articles de la loi était compromise - le Conseil constitutionnel le confirme en concluant qu'il n'y a lieu « de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution » -, il aurait été au moins symboliquement bienvenu de solliciter des prises de positions plus précises de la part du Conseil constitutionnel sur d'autres aspects de la loi qui durcissent les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Les requérants invoquaient, sur le fond, contre l'amendement Mariani, la violation du principe d'égalité, du droit au regroupement familial, du droit au respect de la vie privée et du principe de la dignité humaine. Ils s'appuyaient également sur deux arguments techniques avançant que l'amendement méconnaissait l'objectif d'intelligibilité de la loi et était entaché d'incompétence négative. Autrement dit, le législateur ne serait pas allé au bout de ses compétences, et aurait laissé un pouvoir excessif à l'Exécutif. L'amendement portant sur les statistiques ethniques était quant à lui contesté sur un fondement essentiellement procédural : il était dépourvu de tout lien avec l'objet de la loi.

Ces argumentations techniques ont conforté le Conseil constitutionnel dans la ligne jurisprudentielle qu'il tend à adopter depuis la fin des années 1990, et qui l'amène à censurer de préférence les dispositions législatives sur le fondement de motifs techniques et à procéder ~~par~~ à-coup de réserves d'interprétation plutôt que de prendre une position générale sur le fond. Par conséquent, si la décision peut paraître décevante et frustrante, elle n'est guère surprenante. Elle s'inscrit dans la continuité d'une forme de repli technicien du contrôle de constitutionnalité. Néanmoins, le Conseil constitutionnel émet quelques réserves d'interprétations qui font office d'avertissement à l'encontre de prochaines initiatives législatives. Ces réserves ne suffisent à se nourrir beaucoup d'espoirs sur le niveau de protection des droits et libertés qu'assurera le Conseil constitutionnel dans la décennie à venir.

Un repli technicien

Tant par ses motivations que par les solutions retenues, la décision du 15 novembre 2007 est emblématique d'une politique jurisprudentielle de repli à l'égard de la protection des droits et libertés. Le Conseil constitutionnel n'est plus le gardien attentif du « trésor des droits de l'homme » (comme le disait Georges Vedel) qu'il a pu être jusqu'au milieu des années 1990. D'autres exigences semblent prioritaires.

La jurisprudence constitutionnelle des années 2000 se caractérise ainsi tout d'abord par une baisse tendancielle du nombre de censures en général, et du nombre de censures fondées sur des droits et libertés (excepté peut-être le principe d'égalité) en particulier. Cela conduit d'ailleurs parfois le Conseil constitutionnel à ignorer certaines mises en garde des associations militantes, mais surtout d'autorités administratives indépendantes respectables comme le sont la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (à propos notamment du dispositif automatique de lecture des plaques minéralogique et de photographie des passagers du véhicule prévu par la loi du 19 janvier 2006) ou, s'agissant de la présente loi, de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. Comme on l'a dit, plutôt que de prendre position sur le fond, le Conseil préfère pointer des inconstitutionnalités « techniques » : usage inadéquat du droit d'amendement, cavaliers budgétaires ou sociaux, irrespect de la procédure législative, incompétence négative du législateur, défaut d'intelligibilité, de clarté ou de normativité de la loi. La décision du 15 novembre 2007 en fournit une parfaite illustration avec la censure de l'article 63 de la loi qui ouvrait la possibilité aux institutions publiques de traiter des « données à caractère personnel faisant apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques des personnes ». Pour déclarer cette disposition contraire à la constitution, le Conseil a trouvé un argument de procédure imparable, lui évitant de sanctionner la loi sur le fond. Conformément à une jurisprudence constante et de plus en plus stricte sur le droit d'amendement, le Conseil constitutionnel a relevé, comme l'y invitaient les auteurs de saisine, que l'article 63 résultait d'un amendement « dépourvu de tout lien avec les dispositions qui figuraient dans le projet dont celle-ci est issue ».

La jurisprudence récente du Conseil constitutionnel est également marquée par un recours croissant à la technique des réserves d'interprétation, ce qui lui permet de ne pas censurer brutalement le législateur. Il est vrai que les réserves sont parfois tellement fines et « constructives » qu'en réalité le dispositif législatif s'en trouve presque totalement neutralisé. Il n'en demeure pas moins que politiquement, ceux qui ont pris l'initiative de la loi peuvent instrumentaliser l'absence d'une véritable censure. L'usage des réserves d'interprétation est ainsi profondément ambivalent d'un point de vue politique ; il engage dans un jeu de quitte ou double. Les réserves d'interprétation peuvent, d'un côté, mécontenter tant l'opposition qui

estime qu'elles restent un procédé peu courageux que la majorité qui s'estime privée d'une partie de l'esprit ou des moyens de sa réforme. Elles peuvent, d'un autre côté, contenter tout le monde : l'opposition satisfaite de voir la majorité rappelée à l'ordre, la majorité dont l'honneur est sauf puisque la disposition a été validée.

Dans la décision de novembre 2007, le Conseil constitutionnel émet trois réserves d'interprétation. S'agissant de l'amendement sur les tests ADN, s'il déclare le dispositif d'ensemble conforme à la constitution, le Conseil précise que les dispositions déferées « ne sauraient, sans violer l'article 1^{er} de la Déclaration de 1789, avoir pour effet d'instituer, à l'égard des enfants demandeurs de visa, des règles particulières de filiation qui pourraient conduire à ne pas reconnaître un lien de filiation légalement établi au sens de la loi qui leur est applicable ». L'étranger ne peut donc être privé « de la possibilité de justifier du lien de filiation selon d'autres modes de preuve admis en vertu de la loi applicable ». Par ailleurs, l'application de ce nouveau dispositif « ne saurait avoir pour effet de dispenser les autorités diplomatiques ou consulaires de vérifier, au cas par cas, sous le contrôle du juge, la validité et l'authenticité des actes de l'état civil produits ».

S'agissant de l'article 68, le Conseil constitutionnel adopte une attitude singulière : il émet une réserve d'interprétation sur une disposition de toute façon censurée en tant que « cavalier législatif » dépourvu de lien avec le reste de la loi. Ce faisant, il apporte une importante précision qui devrait conduire le législateur à réfléchir à deux fois avant de reprendre l'initiative de ce type de mesure : si, nous dit le Conseil constitutionnel, « les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1^{er} de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race ».

La réception politique de ces différentes réserves a été contrastée. Du côté de l'opposition ou des associations, on s'est félicité de la censure de l'article 68, certains regrettant néanmoins que la réserve d'interprétation reste dans un certain flou. Prudent, le Conseil s'est en effet gardé de s'engager dans une distinction trop précise entre des statistiques inacceptables fondées sur des critères ethniques et raciaux, réalisées à des fins de recensement et de fichages, et la possibilité généralement moins contestée de réaliser des enquêtes respectant l'anonymat des personnes afin de pointer les discriminations racistes. Le Conseil se contente ici d'accepter les « études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration » qui portent sur « des données objectives », ce que ne sont pas l'origine ethnique ni la race.

S'agissant des tests ADN, la déception provoquée par leur maintien a été compensée par la réduction des hypothèses où ils seront effectués, en raison des réserves émises par le Conseil constitutionnel. Du côté de la majorité, les réserves ont été plutôt bien accueillies, et on a préféré en minimiser la portée. Quant au ministre de l'Immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du co-développement, il a fait savoir qu'il ne s'était pas particulièrement senti désavoué par la décision du Conseil constitutionnel.

L'obsession de la fraude

On le sait, la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. A ce titre, les droits et libertés ne sont pas absolus, ne serait-ce que parce qu'ils peuvent entrer en conflit entre eux. Le Conseil constitutionnel rappelle dorénavant de façon quasi-systématique la nécessité de

procéder à une conciliation entre les droits et libertés en jeu. Mais il exige également une conciliation des droits et libertés avec d'autres objectifs constitutionnels souvent non expressément inscrits dans le texte de la Constitution : l'ordre public, l'intérêt général, la sécurité, la lutte contre la fraude... A dire vrai, le Conseil s'est engagé dans cette voie depuis la fin des années 1970, s'agissant tout particulièrement de la liberté individuelle et de l'ordre public. Toutefois la systématisation de l'exigence de conciliation ainsi que la nette valorisation des objectifs et principes opposés aux droits et libertés confèrent une envergure nouvelle au phénomène. En l'occurrence pour valider l'amendement sur les tests ADN, le Conseil constitutionnel déclare - et c'est très caractéristique des formes, des justifications et des tournures nouvelles qu'adopte son contrôle -, « qu'en limitant la nouvelle faculté de preuve à l'établissement d'une filiation avec la mère et eu égard aux finalités qu'il s'est assignées, le législateur a adopté une mesure propre à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le droit à une vie familiale normale, le respect de la vie privée de l'enfant et du père et la sauvegarde de l'ordre public, qui inclut la lutte contre la fraude ». Les considérations humanistes doivent donc s'incliner devant des préoccupations sécuritaires et la peur obsessionnelle de l'immigration clandestine.

Un contexte défavorable

Que laisse augurer la décision du 15 novembre 2007 quant à l'attitude future du Conseil constitutionnel en matière de droits et libertés, en particulier dans le domaine qui touche au droit des étrangers ? Que peut-on attendre de l'actuel Conseil constitutionnel ? Pour tenter de répondre à ces questions, il faut prendre en considération plusieurs éléments.

Tout d'abord, la composition du Conseil constitutionnel qui a rendu la décision du 15 novembre 2007 est nouvelle, voire quasi-inédite. Le Conseil constitutionnel a vu un tiers de ses membres renouvelés en février 2007, dont son président. Celui-ci témoignera-t-il d'une envie de marquer son passage au Conseil constitutionnel par une politique jurisprudentielle propre ? On a ainsi pu parler d'une « jurisprudence Badinter » ou relever des priorités institutionnelles assez nettes chez Pierre Mazeaud. Y aura-t-il une jurisprudence « Debré » se distinguant des initiatives engagées par ses prédécesseurs, et si oui laquelle ? Il est encore trop tôt pour le dire. Quelle sera l'influence des autres membres et, parmi eux, des anciens Présidents de la République qui étaient pour la première fois tous deux présents lors de la décision de novembre 2007 ?

Ensuite, il faut prendre en considération certaines données politiques. Il est parfois tentant de réduire le Conseil constitutionnel à une instance dont les choix sont uniquement déterminés par la sensibilité politique de ses membres. Dans cette perspective, certains n'auront sans doute pas oublié que le président actuel de l'institution a été ministre de l'Intérieur, et qu'en cette qualité, il avait été à l'initiative de mesures qui avaient suscité une vive contestation car elles étaient apparues comme une incitation à la dénonciation des étrangers en situation irrégulière. Plusieurs dispositions des lois « Debré » avaient d'ailleurs été censurées par le Conseil constitutionnel... Il faut donc un effort d'imagination particulier pour penser que le nouveau président du Conseil constitutionnel aura à cœur de convaincre ses collègues de faire primer les intérêts propres de l'institution qu'il dirige sur un soutien (même passif) à une politique de l'immigration à laquelle vraisemblablement il adhère.

A supposer même que cet effort de distanciation politique ait lieu et que le Conseil constitutionnel, orienté par son président, privilégie les intérêts de l'institution et la cohérence de sa jurisprudence, le contexte jurisprudentiel actuel ne pousse pas le Conseil constitutionnel

à faire du zèle pour protéger les droits et libertés. On a souligné plus haut - et la décision du 15 novembre 2007 se situe à cet égard dans une parfaite continuité et cohérence jurisprudentielles - que le Conseil constitutionnel cherchait presque systématiquement à contourner la censure de la loi sur le fondement des droits et libertés, et à les concilier avec d'autres objectifs constitutionnels. Plus généralement, le Conseil a tendance à faire prévaloir une forme de présomption de constitutionnalité qui repose sur l'idée constamment rappelée qu'il ne dispose pas d'une marge d'appréciation identique à celle du législateur. Evidemment, cette présomption n'a pas les mêmes effets en matière de droits et libertés selon la majorité politique au pouvoir...

On sent donc la difficulté qu'il y a à compter sur le Conseil constitutionnel du nouveau millénaire pour satisfaire les exigences des défenseurs des droits et libertés, et notamment des droits et libertés des étrangers. Mais si certains n'ont jamais totalement cru à l'image d'un juge constitutionnel protecteur des droits et libertés, cette image a amplement contribué à assurer sa légitimité au sein des institutions françaises. La décision du 15 novembre 2007 confirme une politique jurisprudentielle de repli technicien entamée à la fin des années 1990. L'observation des décisions à venir devrait permettre de dire si cette tendance se confirme et, si tel était le cas, jusqu'où, institutionnellement et politiquement, pourrait aller un « service minimum » en matière de droits et libertés. Mais il y a longtemps que les militants des droits de l'homme n'attendent plus les décisions des juges, quels qu'ils soient, pour obtenir une défense efficace de ces droits.