



HAL
open science

Analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les droits fondamentaux

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. Analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les droits fondamentaux. [not set], Jan 2008, Sendai, Japon. hal-01667059

HAL Id: hal-01667059

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01667059>

Submitted on 19 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.

Analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les droits fondamentaux

Par Véronique Champeil-Desplats

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

Pour livrer une analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les droits fondamentaux, comme d'ailleurs sur d'autres aspects de sa jurisprudence, il semble opportun de partir d'un rappel simple et pourtant souvent négligé : contrairement à d'autres cours constitutionnelles, le Conseil constitutionnel français n'a pas été créé pour protéger les droits et libertés. Il a avant tout été conçu comme un instrument de rationalisation du parlementarisme destiné à contenir les excès dans lesquels les parlements de la III^{ème} et de la IV^{ème} République ont pu sombrer. C'est ainsi qu'en 1958, les fonctions essentielles du Conseil constitutionnel étaient de s'assurer que le parlement respecte la répartition nouvelle qu'opère la constitution entre le domaine de la loi défini à l'article 34 et le domaine réglementaire, de contrôler la constitutionnalité des règlements intérieurs de chacune des assemblées parlementaires, de veiller à la régularité des opérations électorales nationales (élections présidentielles, législatives, sénatoriales et référendum) et de contrôler certains aspects du statut des parlementaires (compatibilité des fonctions, déchéance...). Sous les Républiques antérieures, ces dernières fonctions ne faisaient l'objet d'aucun contrôle ou étaient assurées par le parlement lui-même...

Ainsi, non seulement le Conseil constitutionnel n'a pas été créé pour garantir les droits et libertés, mais pire, souffrant d'une méfiance endémique à l'égard du contrôle de constitutionnalité vécu comme une remise en cause de la souveraineté parlementaire et comme un mécanisme de censure de l'expression de la volonté générale, il n'est pas d'emblée une institution légitime. Au gré des aléas politiques dans lesquels il a rendu ses décisions, il a supporté les critiques peu enviées de « chien de garde de l'exécutif » puis, sitôt après sa grande décision du 16 juillet 1971, de « gouvernement des juges » ou d' « organe politique ». Aujourd'hui parfois encore, si peu évoque l'idée de supprimer le Conseil constitutionnel, un climat de suspicion à l'égard de cette institution resurgit dès lors qu'une décision relative à des dispositions législatives sensibles emporte le mécontentement. Et ce mécontentement est politiquement inévitable puisque les décisions du Conseil constitutionnel porte sur une loi, par définition, soutenue par la majorité et critiquée par l'opposition. C'est donc soit la majorité

censurée qui crie au gouvernement des juges, soit l'opposition qui n'a pas été suivie qui met en avant l'absence de courage et le conservatisme des juges.

Finalement, au regard de cette situation, on peut affirmer que l'histoire du Conseil constitutionnel est celle de la construction de sa légitimité. Dans un premier temps, c'est dans l'image d'un juge protecteur des droits et libertés que le Conseil constitutionnel a trouvé une source de légitimation (I). Mais sans renoncer complètement à cette image, pour plusieurs raisons qui seront analysées, le Conseil constitutionnel a été contraint d'en limiter les effets. Bien plus, depuis la fin des années 1990, on voit se dessiner une nouvelle ère de l'action du Conseil constitutionnel dans laquelle la protection des droits et libertés est gagnée par la timidité et s'incline plus facilement qu'auparavant devant d'autres exigences (II).

I. L'image du juge constitutionnel, protecteur des droits et libertés

Après avoir montré comment le Conseil constitutionnel a conquis son image de gardien des droits et liberté (A), on exposera les caractéristiques de la protection des droits et libertés (B).

A. La conquête de l'image de gardien des droits et libertés

La figure du juge gardien des libertés apparaît comme un des premiers moyens de légitimation de l'initiative prise dans la décision du 16 juillet 1971 de contrôler les lois par rapport au préambule de la Constitution française, et en particulier par rapport à des droits ou libertés qui n'étaient pas expressément formulés dans le texte de ce préambule. On le rappelle, dans cette grande décision que beaucoup de constitutionnalistes français comparent à la décision *Marbury v. Madison* de la Cour suprême des Etats-Unis, le Conseil constitutionnel a considéré que la liberté d'association était un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Or, si l'expression « principe fondamental reconnu par les lois de la République » est bien inscrite à la fin de la première phrase du préambule de la Constitution du 26 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, il n'existe aucune précision quant au contenu de cette catégorie. En déclarant contraire à la constitution une loi qui restreignait la liberté d'association en soumettant la création des associations à une autorisation préalable du préfet, le Conseil constitutionnel a ainsi fait « d'une pierre deux coups » : il conférait une valeur constitutionnelle au préambule de la constitution de 1958 et

enrichissait sa liste de droits et libertés. A cette époque cette liste comprenait les droits et libertés collectives et sociales énumérés dans le préambule de la constitution de 1946 (droit d'asile, égalité des sexes, liberté syndicale, droit à l'emploi...) et la Déclaration des droits et du citoyen de 1789, textes auxquels le préambule de 1958 renvoie.

Les commentaires de J. Rivero au lendemain de la décision du 16 juillet 1971 sont très éloquents sur l'effet qu'elle a produit sur l'institution : « La place que le Conseil vient ainsi de s'assurer parmi les organismes protecteurs des libertés rendent désormais plus difficiles les accusations politiques parfois formulées contre lui. Quelle majorité se réclamant de la tradition libérale oserait, après ce coup d'éclat, supprimer une institution dont l'efficacité pour la défense des droits de l'homme vient de s'affirmer ?¹ ».

Alors que, comme on l'a rappelé, le Conseil constitutionnel n'avait pas initialement été créé pour cette fonction, la protection des droits et libertés de l'homme s'est progressivement imposée comme la principale source de légitimité de son action. La mission première du Conseil constitutionnel devient désormais, pour le bonheur d'une doctrine quasi-unanime, de soumettre les pouvoirs publics, et notamment le législateur, à des droits et libertés exprimées au plus haut degré de la hiérarchie des normes.

Pendant longtemps, les membres du Conseil constitutionnel se sont largement appuyés sur cette source de légitimation de leur activité normative. Pour G. Vedel par exemple, le Conseil constitutionnel est le gardien « du trésor des droits de l'homme »². Cette image naissante du juge constitutionnel protecteur des libertés s'est en outre progressivement imposée aux yeux d'autres acteurs juridiques. Elle a ainsi largement été présente lors des débats d'octobre 1974 sur la révision constitutionnelle qui allait permettre à 60 députés et 60 sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel. Certains s'en

¹ J. Rivero, Note sous la décision du 16 juillet 1971, *A.J.D.A.*, 1971, p. 539

² G. Vedel, "Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme", op. cit., p. 253. Ce dernier écrivait alors qu'il appartenait encore à l'institution : "Le trésor des droits de l'homme s'accroît au long des siècles et des décennies, mais aucunes des gemmes qui le composent n'en est retirée pour faire place à une autre. Le juge constitutionnel est gardien de ce trésor. Il doit accueillir de nouvelles richesses mais ne rien perdre des anciennes". Voir aussi les déclarations ou articles d'autres anciens membres du Conseil constitutionnel, F. Luchaire, "Le conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen, *Mélanges Waline*, LGDJ, 1974, p. 563 ; F. Luchaire, "Procédures et techniques de la protection des droits fondamentaux", in *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Economica, 1982, p. 65 ; F. Goguel, "Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Conseil constitutionnel français", in *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Economica, 1982, pp. 225 et s..

sont notamment servis pour justifier l'initiative de la révision, en minimisant parfois les craintes et les critiques qu'avait pu susciter auparavant le Conseil constitutionnel³.

Par la suite, l'image du juge protecteur des droits et libertés a été d'un indéfectible soutien tant pour hisser le Conseil constitutionnel au rang des grandes Cours constitutionnelles européennes et du monde que pour faire face au courroux des majorités parlementaires censurées. Il suffit d'évoquer l'implacable défense dans le journal *Le Monde* de Robert Badinter, Président du Conseil constitutionnel de l'époque, alors que le Premier ministre avait jugé utile d'engager une révision de la Constitution pour prendre le contre-pied de la désormais célèbre décision du 13 août 1993 au sujet du droit d'asile. Ainsi affirme R. Badinter : « du droit d'association au droit d'asile, [le Conseil constitutionnel] a toujours veillé au respect des libertés publiques et des droits fondamentaux de l'homme et du citoyen »⁴. Sans succomber à un excès de personnalisation, on peut d'ailleurs souscrire à l'idée de D. Rousseau d'une « jurisprudence Badinter »⁵ en matière de droits et libertés, porteuse d'un âge d'or de l'institution.

Evacuation faite de l'appréciation que l'on peut subjectivement porter sur la protection apportée par le Conseil constitutionnel aux droits et libertés et, donc, en dépit des regrets que certains peuvent formuler sur le degré de protection de certains droits (constitutionnalisation lacunaire des droits des étrangers ou reconnaissance imparfaite d'un droit constitutionnel au logement), l'image du gardien des droits et libertés est jusqu'à cette époque, c'est-à-dire le milieu des années 1990, restée un vecteur essentiel des décisions et de l'action de l'institution.

B. Les caractéristiques de l'action du juge protecteur des droits et libertés

La mission affichée par le Conseil constitutionnel de protéger les droits et libertés présentent plusieurs caractéristiques. Elle tend tout d'abord à un usage maximal des catégories ouvertes, c'est-à-dire des catégories de droits et libertés qui n'ont pas un contenu prédéfini. Il

³ Lors des débats, le garde des Sceaux J. Lecanuet déclarait ainsi devant l'Assemblée Nationale : "Le Conseil constitutionnel est au plus haut niveau le gardien des droits. (...) Après seize années d'expérience, il apparaît que l'existence du Conseil constitutionnel a été bien acceptée et qu'il a pris dans le fonctionnement de nos institutions la place de tout premier plan qui lui revenait", cité in L. Hamon, *Les juges de la loi*, Paris, Fayard, 1987, p. 173

⁴ *Le Monde*, 23 novembre 1993, p. 1

⁵ D. Rousseau, *Sur le Conseil Constitutionnel : la doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, 1993, Descartes et Cie,

s'agit de la sorte d'élargir la garantie des droits et libertés au profit des individus. Ainsi, au cours de la première décennie de l'exercice du contrôle de constitutionnalité par rapport au préambule, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité, par l'intermédiaire de la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République a énoncé de nouveaux droits et libertés qui ne sont pas été expressément énoncé dans le texte de la Constitution : liberté d'association (1971), droits de la défense (1976), liberté individuelle, liberté d'enseignement, liberté de conscience (1977), indépendance des professeurs d'université (1984), compétence du juge judiciaire en matière de protection de la propriété privée immobilière (1989).

Bien plus, le Conseil constitutionnel s'est référé à des catégories de droits et libertés qui n'étaient pas prévues dans le texte de la constitution. Tel est le cas de la catégorie des « principes et règles à valeur constitutionnelle » et de celle des « objectifs à valeur constitutionnelle » apparu à la fin des années 1970 et au début des années 1980. Ce faisant, le Conseil constitutionnel manifeste un double pouvoir créateur : il crée la catégorie et les principes, droits ou libertés qu'il y inclut. Le Conseil constitutionnel a pu ainsi considérer comme « principes à valeur constitutionnelle », la liberté d'aller et venir, la liberté contractuelle, la protection de la vie privée, la liberté d'entreprendre, le droit au recours, le principe de responsabilité ou encore le principe de la dignité de la personne humaine. Il a considéré comme objectifs à valeur constitutionnelle, le pluralisme de la presse ou l'accès à un logement décent.

Autre signe caractéristique de l'action du juge protecteur des droits et libertés, la formulation de ces droits et liberté est entourée de très peu de justification (du moins jusqu'à la fin des années 1980). Tout se passe alors comme si le but d'élargir la protection des droits et libertés était autosuffisant, et qu'il ne nécessitait pas de plus amples explications ou précautions.

Un des points d'aboutissement de cet activisme du juge en faveur de la protection des droits et liberté est sans nul doute la création d'un régime de protection renforcée pour des droits que le Conseil constitutionnel qualifie de « droits fondamentaux constitutionnels ». Alors que la qualification de fondamentale s'agissant de droits ou libertés n'apparaît pas expressément dans le texte de la constitution, le Conseil constitutionnel va progressivement y procéder. La première référence apparaît dans la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 sur les nationalisations. Cette décision affirme « le caractère fondamental du droit de la propriété ». En 1984, est qualifiée de « liberté fondamentale » la liberté de communication des

pensées et des opinions (décision n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984). En 1994, sont ainsi qualifiées les libertés d'écrire, d'imprimer et de parler (décision n° 94-345 DC, 29 juillet 1994). Entre temps, près avoir fait référence aux "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République" sans préciser les libertés et droits dont il s'agit (décision n° 89-259 DC du 22 janvier 1990), le Conseil y inclut les droits de la défense, le droit d'asile, la liberté individuelle et la sûreté, la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale, (décision n° 93-325 DC du 13 août 1993). Enfin, le Conseil se réfère aux droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés parmi lesquels figurent notamment, la liberté proclamée par l'art. 4 de la Déclaration de 1789, dont découle « la liberté d'entreprendre, l'égalité devant la loi et les charges publiques, le droit à l'emploi, le droit syndical, ainsi que le droit reconnu aux travailleurs de participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises » (décision du n° 98-401 DC du 10 juin 1998 relative à la loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail).

Les « droits fondamentaux constitutionnels » se présentent ainsi comme une catégorie ouverte dont le Conseil constitutionnel livre le contenu au cas par cas. Surtout, si dans un premier temps le Conseil constitutionnel n'a tiré aucune conséquence particulière de ce travail de qualification, il va singulariser le catégorie des « droits fondamentaux constitutionnels » par un régime spécial et renforcé de protection : le législateur ne peut réduire leur niveau de garantie. En d'autres termes, le législateur ne saurait intervenir que pour les rendre plus effectifs⁶. Ce régime est connu des constitutionnalistes sous le nom d'« effet cliquet » ou d'« effet anti-retour »⁷.

Enfin, l'action du juge protecteur des droits et libertés se caractérise par une absence de crainte ou d'hésitation à sanctionner des mesures polémiques et politiquement sensibles. Pour ne prendre que quelques exemples, en 1971, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à censurer, dans un climat très tendu, la loi qui restreignait la liberté d'association essentiellement pour faire barrage à l'organisation et à l'expression de groupes d'extrême gauche. Il s'agissait en effet à l'époque de passer outre une décision du tribunal administratif de Paris qui avait annulé le refus du préfet de la Seine d'enregistrer une association de soutien

⁶ Décision 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984 ; décision 93-325 DC, 13 août 1993 ; décision 94-345 DC, 29 juillet 1994..

⁷ Voir V. Champeil-Desplats, « La notion de droit 'fondamental' et le droit constitutionnel français », *D.*, 1995, chr. 323 ; J. Favre, B. Tardivel, « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de 'libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle ' », *R.D.P.*, n° 5, 2000, p. 1420.

à un journal maoïste (« La cause du peuple ») qui avait fait l'objet d'une interdiction de publication. L'association en question était symboliquement présidée par Simone de Beauvoir. En juillet 1977, le Conseil constitutionnel n'a pas non plus hésité à déclarer contraire à la liberté individuelle une loi qui autorisait de façon quasi-inconditionnelle la fouille des véhicules par les agents de polices. Officiellement la loi était justifiée par la lutte contre le terrorisme ; officieusement, comme le confie un membre du Conseil constitutionnel, il s'agissait d'accroître les pouvoirs des maires des communes situées en bord de plage pour écarter des individus jugés indésirables en procédant à une fouille systématique de leur véhicule⁸. Enfin en 1993, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité non plus à censurer plusieurs dispositions législatives relatives au droit des étrangers, à s'engager dans un débat public avec le Premier ministre à propos du droit d'asile, et à s'exposer à la convocation du pouvoir constituant pour contrecarrer sa décision prise sur une conception humaniste radicale et intransigeante du droit d'asile.

Il ne fait donc aucun doute que le Conseil constitutionnel s'est bâti une image de protecteur des droits et libertés et que celle-ci reste un important facteur de légitimation de sa jurisprudence. Pourtant, divers facteurs tendent à montrer que ce rôle de protection des droits et libertés est en proie à certains infléchissements.

II. Limites et effacement de l'image du juge protecteur des droits et libertés

Il est toujours possible d'être mécontent, au nom d'une conception exigeante ou militante des droits de l'homme, du niveau de protection de ces droits par le Conseil constitutionnel. Ainsi, au milieu des années 1980, au moment même où tout le monde saluait l'action libérale du Conseil constitutionnel, non sans provocation, D. Lochak signait un article dans la revue *Pouvoirs* sur le mode interrogatif chargé de sens : "Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ?"⁹. Pour l'auteur la généralité, le flou des dispositions à partir desquelles le Conseil constitutionnel justifie ses décisions ne garantiraient aucunement qu'il oriente sa jurisprudence vers une meilleure protection des droits fondamentaux. Souvent même, ses décisions seraient lacunaires, en trompe-l'œil et entachées de conservatisme. Il n'exercerait qu'une « vigilance à éclipses ».

⁸ Entretien cité in J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris, L.G.D.J., 1994., p. 88

⁹ D. Lochak, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n° 13, 1986, p. 41.

Mais ce n'est pas ce type de critiques fondées sur le sentiment subjectif que le Conseil constitutionnel remplit mal ou imparfaitement sa mission de gardien des droits et libertés qui retiendra mon attention ici. On peut en effet également montrer une forme de recul ou d'atténuation de l'action menée en faveur de la protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel à partir de facteurs « objectifs » ou « structurels ». Cela est possible en mettant en perspective que la protection des droits et libertés n'est pas le seul objectif poursuivi par le Conseil Constitutionnel, et que d'autres exigences semblent gagner en priorité. Le Conseil constitutionnel a ainsi tout d'abord été préoccupé par le fait de montrer qu'il n'est pas maître du bloc de constitutionnalité (A), et sa suite engagé une forme de repli technicien de l'exercice de son contrôle (B).

Les effets de ces deux facteurs sur la protection des droits et libertés par le juge constitutionnel ne sont pas identiques. Tandis que l'image d'un juge non maître du bloc de constitutionnalité ne remet pas fondamentalement en cause la protection des droits et libertés mais en atténue certains effets, le repli technicien au contraire tend à manifester un changement d'orientation plus profond de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

A. Le Conseil constitutionnel, non maître du bloc de constitutionnalité

Dans un premier temps, l'image de protecteur des droits et liberté a été atténuée par celle du juge non maître du bloc de constitutionnalité, promue par le doyen Vedel lorsqu'il a intégré le Conseil constitutionnel en 1980. L'idée que le Conseil constitutionnel n'est pas le maître des sources du droit qu'il impose au législateur est formulée de façon la plus éloquente dans un article publié en 1984 sur « le précédent en droit public français »¹⁰. « la plus sûre garantie de la stabilité, sinon de la pérennité de la jurisprudence constitutionnelle », nous dit-il, « se trouve dans le fait que le Conseil constitutionnel, largement mis en garde contre le danger du “gouvernement des juges”, ne s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel ». Le doyen Vedel écarte toute référence de part du Conseil constitutionnel au « droit naturel », à des « principes inscrits dans la conscience des justes », ou « appel à un “ordre politico-social” »¹¹. Une fois son mandat achevé, il précisera de façon encore plus intéressante pour nous que le Conseil constitutionnel a pris garde d'échapper à la dérive de

¹⁰ G. Vedel, "Le précédent judiciaire en droit public français", *R.I.D.C., Journées de la Société de législation comparée*, 1984, vol. 6, p. 283, p. 283

¹¹ *Ibid.*, p. 287

l'image d'un juge gardien des libertés¹² ; il rappelle que « juridiquement le Conseil constitutionnel n'est pas le gardien des droits de l'homme mais est avant tout le gardien de la Constitution »¹³.

Toutefois, pour nuancer quelque peu ces propos, comme on l'a évoqué, l'image d'un juge non maître du bloc de constitutionnalité ne remet pas définitivement en cause celle de protecteur des droits et liberté ; elle en atténue la portée et les effets. D'ailleurs, ces deux images sont tout à fait compatibles. Il suffit de considérer que la première garantie de la protection des droits et libertés constitutionnels réside dans la simple opération d'application par le juge des droits qui ont posé dans texte constitutionnel. En revanche, il est vrai que ces deux modèles d'action légitime du Conseil constitutionnel achoppent sur la question de la création normative. En d'autres termes, le modèle d'un juge protecteur des droits et libertés permet de justifier l'énonciation de nouveaux principes constitutionnels qui viennent enrichir le catalogue de droits et libertés protégées par le Conseil, énonciation qui s'accommode mal du modèle d'un juge non maître des sources du droit constitutionnel.

Après avoir étudié les caractéristiques de la politique jurisprudentielle auxquelles mène ce nouveau modèle (2), nous tenterons d'expliquer ce qui a pu conduire le Conseil constitutionnel à lui apporté crédit et à atténuer son rôle de gardien des droits et libertés (1).

1. Caractéristiques : le retour au texte.

Le modèle d'un juge non maître du bloc de constitutionnel est par-dessus tout marqué par une foi démesurée mais inébranlable en la force des textes et des références aux textes dans le fonctionnement du droit. La seule et simple référence au texte est considérée comme un rempart contre l'arbitraire des décisions et comme un facteur de contraintes et d'obligations pour le juge. La source écrite s'impose comme une « source de la légitimité »¹⁴, de nature à conférer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel « un surcroît de crédibilité et d'autorité »¹⁵.

¹² Voir G. Vedel, "The Conseil constitutionnel : problems of legitimization and interpretation", op. cit., p. 346.

¹³ Propos rapportés du Colloque de Rennes des 20 et 21 septembre 1996, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*.

¹⁴ *Ibid.*

D. Lochak, "Le principe de légalité. Mythes et mystifications", *A.J.D.A.*, 1981, p. 389

Pris d'une véritable « obsession textuelle »¹⁶, non seulement le Conseil constitutionnel s'évertue dorénavant à justifier ses décisions et l'énonciation de nouveaux principes ou objectifs de valeur constitutionnelle par la citation de textes juridiques, mais il affirme rétrospectivement, par la voix de ses membres ou de son Secrétaire Général, la rareté des cas où les principes utilisés ne peuvent se rattacher à des textes. Ainsi les membres du Conseil constitutionnel, parfois aidé par la doctrine, s'engagent dans un véritable travail de reconstruction *a posteriori* du fondement textuel de droits et libertés qui avaient pourtant été énoncés sans justification particulière. Le nombre de cas où le Conseil a énoncé des principes ou objectifs de valeur constitutionnelle sans texte à l'appui est volontairement minimisé : ou bien des textes sont après coup retrouvés, ou bien est mise en avant l'évidence de l'existence du principe. Ainsi, le rapport d'Ankara de 1990 présenté au nom du Conseil constitutionnel insistait ainsi sur le fait que certains principes énoncés sans référence voient dorénavant leur origine textuelle précisée. Est donné en exemple –au demeurant peu contestable –, le principe de la séparation des pouvoirs d'abord énoncé sans justification (décision n°79-104 DC du 23 mai 1979) mais « par la suite, rattaché directement à l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789 »¹⁷ (décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989). On peut aussi citer la liberté d'aller et venir d'abord qualifiée de principe à valeur constitutionnelle sans justification particulière puis rattachée à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme. Plus généralement, depuis les années 1990, lorsqu'il énonce de nouveaux principes, droits ou libertés, le Conseil constitutionnel s'efforce systématiquement de les présenter comme découlant des textes constitutionnels préalables. Par exemple, dans sa décision sur les lois « bioéthique » de 1994, le principe de la dignité de la personne humaine est rattaché à la première phrase du préambule de 1958 tandis que l'objectif à valeur constitutionnelle d'accès à un logement décent à lui-même est réputé découler du principe de dignité et du préambule de 1946. Aujourd'hui, les articles 2, 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen rencontrent un succès particulier dans cette entreprise « de retour au texte ». Le Conseil a pu leur rattacher le respect de la vie privée, la liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre, le droit à un recours effectif...

Mais un des symboles essentiels de ce modèle où le support textuel apparaît comme le remède à l'arbitraire du juge reste l'effort du Conseil constitutionnel d'encadrer et de

¹⁶ D. Turpin, "Le juge est-il représentatif ? Réponse, oui", *Commentaire*, n° 58, 1992, p. 389

¹⁷ "Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux", *op. cit.*, pp. 324-325

verrouiller les conditions de production des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Alors que cette catégorie était dans les années 1970 l'un des principaux ressorts de l'action du Conseil constitutionnel en faveur des droits et libertés, depuis une décision du 20 juillet 1988, celui-ci défend dorénavant une conception stricte de cette catégorie. Pour qu'un droit ou une liberté soit érigée en principe fondamental reconnu par les lois de la République, il exige que le principe ait été énoncé dans au moins une loi issue d'un régime républicain antérieur à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946, et qu'il ait été reconnu de façon continue sans avoir souffert d'exception. Résultat : depuis cette décision seuls deux nouveaux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont été consacrés, celui de la compétence du juge judiciaire en matière de propriété immobilière (1989) et celui de la spécificité de la justice pénale applicable aux mineurs (2002), tandis que d'innombrables principes invoqués par les auteurs de saisines étaient rejetés.

Le cas des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République est révélateur d'une tendance plus générale de la prudence et de la mesure du juge qui s'estime non maître de ses sources à l'égard de la formulation de nouveaux principes, droits ou libertés. Rien ne se fait plus sans texte. La référence au texte juridique est devenue le gage du caractère « authentiquement » et incontestablement juridictionnel du contrôle exercé. A tort ou à raison, c'est ainsi en comptant sur ses appuis textuels que le Conseil constitutionnel entend démontrer à ceux qui le rabattent au rang d'organe politique qu'il est un véritable juge, une véritable juridiction, quitte à sacrifier à la marge son action en faveur des droits et libertés. Celle-ci ne s'effectue plus que dans la stricte mesure où les droits et libertés qui fondent sont formulés dans un texte juridique.

2. Hypothèses explicatives

Au-delà de l'influence d'un membre, même aussi prestigieux et respectés que le doyen Vedel, comment expliquer l'atténuation des conséquences liées à l'image d'un juge protecteur des droits et libertés et l'intégration progressive de la nécessité de montrer que le juge constitutionnel n'est pas maître du bloc de constitutionnalité ?

Avant d'envisager les facteurs explicatifs proprement dit, il convient de relever que, dans la configuration du système constitutionnel et politique français, la protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel se heurte à un dilemme. En multipliant les décisions

créatrices de nouveaux droits et libertés et en censurant l'action du législateur alors que les acteurs politiques n'en avaient ni l'habitude, ni le désir (l'initiative, on le rappelle, provient du Conseil constitutionnel lui-même), le Conseil a rapidement été suspecté de gouvernement des et d'« usurpation du pouvoir constituant »¹⁸. Ainsi, s'interrogent par exemple à l'époque, MM. Avril et Gicquel, « l'éthique démocratique promue de la sorte à la dignité constitutionnelle, ne constitue-t-elle pas l'arme du gouvernement des juges ? »¹⁹.

Tel est donc le dilemme auquel se heurte le Conseil constitutionnel animé par la protection des droits et libertés : alors que celle-ci justifie et légitime sa création normative qui en retour parfait cette protection (cercle vertueux), cette création ne peut toutefois s'effectuer de façon incontrôlée au risque de discréditer l'autorité du Conseil constitutionnel et de s'attirer non seulement les réactions de la doctrine, mais surtout celles des autres acteurs juridiques et, entre tous, le pouvoir constituant (cercle vicieux). Autrement dit, la création normative, même justifiée par la protection des droits et libertés, ne peut s'effectuer de manière inconsidérée. Cette limite à l'action du Conseil constitutionnel met en évidence la nécessité à laquelle s'est heurtée cette institution de composer avec d'autres modèles d'action perçus comme légitimes. C'est ce qu'exprime particulièrement bien la remarque de D. Turpin à propos du recours aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : « L'État de droit risquait de tourner au gouvernement des juges, et beaucoup souhaitaient que le Conseil constitutionnel s'en tienne davantage au texte même de la Constitution (certes "interprété" par lui), y compris bien sûr de son préambule, pour censurer les lois liberticides »²⁰.

A l'aune du rappel de cadre général, trois types de facteurs permettent d'envisager les raisons d'une atténuation de l'action du juge en faveur des droits et libertés et notamment de son interprétation extensive du bloc de constitutionnalité : a) l'intériorisation de la critique doctrinale, b) l'évolution de la composition du Conseil, c) l'interdépendance des acteurs.

a) L'intériorisation de la critique doctrinale

Un premier facteur explicatif de l'atténuation de l'activisme du juge notamment en matière de protection des droits et libertés peut être recherché dans la réception et

¹⁸ J. Rivero, note sous DC 23 juillet 1975, *A.J.D.A.*, 1976, p. 47 ; voir également J. Rivero, "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie constitutionnelle ?", *op. cit.*

¹⁹ MM. Avril et Gicquel, "Chronique constitutionnelle française", *Pouvoirs*, 1977, n°1, P.U.F., p. 219

²⁰ D. Turpin, *Les libertés publiques*, Paris, Dunod, 1993, p. 24

l'intériorisation de la critique du gouvernement des juges. Comme le souligne notamment D. Rousseau, la légitimité du Conseil constitutionnel repose en partie sur la reconnaissance et l'acceptation de sa jurisprudence par ce qu'il appelle « la communauté des juristes » c'est-à-dire une « la communauté des professionnels intéressés - universitaires, hommes politiques, journalistes spécialisés »²¹. Cette reconnaissance suppose que les membres de cette communauté « puissent avoir l'impression véritable de participer au processus d'interprétation en retrouvant - parfois - dans la motivation des décisions, tout ou partie de leur argumentation »²². Cette explication est d'autant plus tentante que peu après sa nomination, G. Vedel faisait état d'une prise en compte des critiques doctrinales, à propos même de la production de nouveaux principes constitutionnels : « Le Conseil constitutionnel, largement mis en garde contre le danger du “gouvernement” des juges, ne s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel »²³, déclarait-il. Plus tard, il précisait également : « tout effort critique de la doctrine engendre un effort d'autocritique du Conseil constitutionnel et donc est précieux pour celui-ci »²⁴.

Toutefois, la limite principale à laquelle se heurte cette hypothèse explicative réside dans le fait qu'elle ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles le Conseil constitutionnel se trouve véritablement contraint de modifier son action en fonction de l'opinion de la doctrine. La finesse et de la force des argumentations doctrinales ne sont pas toujours suffisantes pour influencer le Conseil constitutionnel. L'intériorisation de l'opinion de la « communauté des juristes » repose donc *in fine* sur une simple bienveillance du Conseil constitutionnel qui peut sans grand risque passer outre cette opinion. Par ailleurs, cette explication présuppose que « la communauté des juristes » émette des opinions convergentes. Or, cela est loin d'être le cas. Il est alors possible au Conseil constitutionnel de jouer sur les divergences pour finalement poursuivre librement sa route. En revanche, l'hypothèse change de nature, si la critique est partagée ou reprise par des autorités qui, elles, disposent de moyens juridiques pour agir contre le Conseil (voir c)).

b) La composition du Conseil constitutionnel et la logique du processus délibératif

L'atténuation de l'expression du pouvoir normatif du Conseil constitutionnel en matière de droits et libertés trouve une deuxième explication dans les effets que peut avoir sur le

²¹ D. Rousseau, "Une résurrection : la notion de Constitution", *R.D.P.*, 1990, p. 17

²² *Ibid.*

²³ G. Vedel, "Le précédent judiciaire en droit public français", *op. cit.*, p. 287

²⁴ G. Vedel, "Doctrines et jurisprudences constitutionnelles", *R.D.P.*, 1989, p. 14

contenu des décisions, et en particulier sur les motivations, la composition du Conseil constitutionnel²⁵. Cette explication se décline en deux hypothèses nullement incompatibles.

Une première hypothèse susceptible d'expliquer la réduction des références à des principes non explicitement inscrits dans le texte de la Constitution, ainsi que le silence souvent observé quant à l'origine de ces principes, réside dans la diversification de la composition du Conseil. Celle-ci engendrerait « des débats plus serrés » et imposerait « de ne pas utiliser dans la délibération, et donc *a fortiori* dans la motivation des décisions, des principes impossibles à fonder de manière contraignante. (...) Obligés plus que jamais de camoufler leurs préférences derrière une argumentation juridique, [les membres] devraient rendre celle-ci plus convaincante par un “retour au texte” »²⁶.

La seconde hypothèse est liée à la « présence accrue de juristes professionnels (...). Plus à l'aise pour découvrir dans les textes eux-mêmes un sens propre à justifier les solutions retenues par le Conseil, ils imposeraient une certaine manière de les motiver, parce qu'eux-mêmes exploiteraient dans les débats toutes les ressources de l'interprétation »²⁷. Pour être vérifiée cette hypothèse nécessite que soit montrées à la fois une corrélation entre la qualité de juristes et la récurrence de certains arguments (notamment la nécessité de faire valoir que l'énonciation de nouveaux principes constitutionnels n'est que le produit des textes juridiques eux-mêmes), et une prédominance des arguments des juristes dans les délibérations. Faute d'avoir accès aux procès-verbaux des délibérations du Conseil constitutionnel, rien ne peut être prouvé mais rien n'est non plus invraisemblable.

L'intérêt de ces deux hypothèses est qu'elle offre un point de passage entre une explication s'attachant à des facteurs subjectifs (la formation personnelle des membres, leur *habitus* professionnel) et une explication en termes de contraintes d'action extérieures à la volonté des acteurs. Elles attirent en effet l'attention sur l'existence de contraintes inhérentes au processus délibératif des institutions qui tiennent à inscrire leur décision dans un cadre juridique et juridictionnel. Au sein de ces institutions, ces contraintes favorisent les modes d'argumentation des juristes. En associant un changement de conception qu'ont les juges de leurs propres pouvoirs à des contraintes argumentatives, ces deux hypothèses dépassent donc la simple prise en considération des facteurs extra-juridiques que constituent la pression

²⁵ Voir J. Meunier, op. cit., pp. 155-156

²⁶ *ibid.*

²⁷ *ibid.*

doctrinale et son corollaire la bienveillance des membres du Conseil constitutionnel pour suggérer que les évolutions jurisprudentielles se détachent parfois de la seule et simple volonté de ceux qui les initient.

c) L'interdépendance des acteurs

Un troisième type d'hypothèses explicatives de l'atténuation de l'action du juge constitutionnel en faveur des droits et libertés peut être fournie par une théorie des contraintes juridiques, c'est-à-dire des contraintes qui pèsent sur les acteurs juridiques et qui sont le produit de la configuration du système juridique²⁸. La jurisprudence constitutionnelle est soumise ainsi à un ensemble de contraintes liées à l'appartenance du Conseil constitutionnel à un système juridique dans lequel sont présents d'autres acteurs qui peuvent agir contre lui, ou qu'il convient de persuader d'agir dans un sens voulu. Cette interdépendance des acteurs conduit à ce qu'aucun d'entre eux, quand bien même ils en auraient la possibilité, ne puisse totalement et durablement agir dans la démesure. Elle donne à l'auto-limitation et au respect des prescriptions de la Constitution, non l'aspect d'une bienveillance ou une sagesse, mais le caractère d'une contrainte extérieure à la volonté du juge et qui influe sur ses décisions et son action. Comme le suggère les travaux de N. Élias²⁹, l'acteur juridique, comme tout autre acteur, se situe dans un réseau d'interdépendances qui règle et limite ce qui lui est possible de décider ou de faire. Le « tissu d'interdépendances à l'intérieur duquel l'individu trouve une marge de choix individuel » lui impose, en même temps, « des limites à sa liberté de choix »³⁰. Pour illustrer cette hypothèse, N. Élias s'appuie sur une analogie avec le jeu d'échec. « Comme au jeu des échecs, toute action accomplie dans une relative indépendance représente un coup sur l'échiquier social, qui déclenche infailliblement un contrecoup d'un autre individu (...) limitant la liberté d'action du premier joueur »³¹. Les décisions des acteurs sont donc soumises aux possibilités qu'ont les autres de réagir, de s'opposer à eux ou d'agir conformément à leur volonté.

Dans ce cadre d'analyse, le choix de décider de telle ou telle manière dépend « des réactions possibles qu'il peut déclencher »³² de la part des autres acteurs. Dans le cas du

²⁸ Voir, M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak, (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, *L.G.D.J.*, 2005

²⁹ En particulier N. Élias, *La société de cour*, Paris, Flammarion, 1985

³⁰ N. Élias, *La société de cour*, op. cit., p. LXXI

³¹ N. Élias, op. cit., pp. 152-153

³² M. Troper, "La Constitution et ses représentations sous la V^{ème} République", *Pouvoirs*, n° 4, 1978, p. 70

système juridique, les réactions possibles dépendent des compétences, des moyens qu'octroient les textes juridiques pour agir contre les autres acteurs, étant entendu que ces textes sont interprétés par les acteurs en fonction de la capacité supposée de rétroaction des autres acteurs juridiques.

La principale réaction à laquelle peut se trouver confronté le Conseil constitutionnel est la révision de la Constitution. Celle-ci peut être déclenchée pour priver d'effets une décision ou pour réduire les compétences du Conseil constitutionnel, en excluant par exemple expressément le préambule des normes pouvant servir de référence à son contrôle, voire, dans un cas extrême, pour supprimer l'institution. Les décisions du Conseil sont donc toujours soumises à un possible contrecoup du constituant, la probabilité de ce contrecoup dépendant des chances qu'a la procédure de révision d'aboutir au résultat voulu par ceux qui en prennent l'initiative.

Dans un contexte de recherche de légitimation, d'entretien et de consolidation de l'autorité et de crédibilité de ses décisions, ce sont précisément les contrecoups que le Conseil constitutionnel cherche à éviter...., sauf à considérer, comme cela a sans doute été le cas en 1993 au sujet du droit d'asile, que le Conseil aille volontairement au conflit avec le constituant, dans le but précis d'afficher ses priorités d'actions (en l'occurrence l'attachement au droits de l'homme et au droit d'asile) face aux contingences politiques. Au constituant alors de prendre ses responsabilités politiques et d'afficher un visage conservateur.

Ces contraintes juridiques pesant sur l'activité normative du Conseil constitutionnel dessinent alors un cadre qui délimite les marges à l'intérieur desquelles celui-ci peut agir. Il met en perspective quelques facteurs qui ont conduit le Conseil constitutionnel à contenir les effets de sa recherche légitime de protection des libertés, alors que rien « hors contexte » ne lui interdisait de continuer à poursuivre cette fin.

S'il a été possible de rationaliser dans un cadre explicatif de type juridique la façon dont le Conseil constitutionnel en est venu à concilier son image de gardien des droits des libertés avec celle d'une juge non maître de la Constitution, l'entreprise est sans doute moins facile avec la deuxième tendance, plus récente encore (fin des années 1990-début 2000) qui vient atténuer l'action protectrice des droits de l'homme du Conseil constitutionnel. Cette tendance au repli technicien ressort, semble-t-il, moins de contraintes juridiques objectivables que

d'une véritable politique et volonté jurisprudentielle d'infléchir l'action du Conseil et de modifier ses priorités au détriment de l'image d'un juge protecteur des droits et libertés.

B. Le repli technicien du Conseil constitutionnel

Repli technicien, timidité, routine : un vent nouveau semble souffler sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis le début du nouveau millénaire. Le Conseil présente un nouveau visage.

On perçoit, tout d'abord, une baisse tendancielle du nombre de censures fondées sur des droits et libertés (excepté peut-être le principe d'égalité). Le Conseil pointe dorénavant davantage des inconstitutionnalités « techniques » : usage inadéquat du droit d'amendement, cavaliers budgétaires ou sociaux, irrespect de la procédure législative, incompétence négative du législateur. Il préfère s'appuyer sur ce type d'arguments pour déclarer inconstitutionnelles des dispositions législatives plutôt que de prendre position sur le fond, c'est-à-dire sur le fondement des droits et libertés constitutionnels. La récente décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, en offre une illustration très nette à propos de dispositions permettant de procéder à des statistiques sur la base de données ethniques. Cette disposition, comme d'autres d'ailleurs de la loi, était au centre de nombreuses polémiques. De façon très caractéristique de son attitude actuelle, le Conseil constitutionnel préfère sanctionner le législateur sur le fondement de motifs techniques plutôt que sur terrain des droits et libertés. Ainsi, la loi 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 inconstitutionnelle, le Conseil a trouvé un argument de procédure imparable, lui évitant de sanctionner la loi sur le fond et donc de prendre position. Conformément à une jurisprudence constante et de plus en plus stricte sur le droit d'amendement, le Conseil constitutionnel a relevé 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 ». Il est déclaré pour cette raison contraire à la Constitution. Toutefois, le Conseil apporte au préalable une importante précision qui devrait conduire le législateur à réfléchir avant de reprendre l'initiative de ce type de mesure. Ainsi nous dit le Conseil constitutionnel, « si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données

objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1^{er} de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race ».

Outre que les censures du Conseil constitutionnel repose sur des arguments de plus en plus techniques, on observe une baisse tendancielle du nombre de déclaration d'inconstitutionnalité. Certes, on pourrait se réjouir de ce diagnostic soit au nom du respect de la souveraineté parlementaire, soit parce qu'il pourrait traduire une amélioration de la prise en compte en amont des exigences de la jurisprudence constitutionnelle. Il reste que certaines « non censures » ou timides réserves d'interprétation en ont laissé beaucoup dubitatifs. C'est par exemple le cas s'agissant des décisions n°2003-467 DC du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure, n°2004-492 DC du 2 mars 2004 dont les quelques déclarations « chirurgicales » d'inconstitutionnalité, n'entame pas l'essentiel du dispositif de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (terrorisme, criminalité organisée, lutte contre l'immigration clandestine...). On peut aussi mentionner la décision n°2005-527 DC du 8 décembre 2005 par laquelle le Conseil rejette le recours contre la loi sur le traitement de la récidive des infractions pénales au moyen d'un habile travail de qualification de la nature juridique de la surveillance judiciaire des prisonniers par port d'un bracelet électronique. Tandis que beaucoup de professionnels de la justice estimaient que cette surveillance constituait une véritable sanction pénale rétroactive contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel estime qu'imposer le port d'un bracelet électronique n'est qu'« une modalité d'exécution de la peine, de caractère non punitif » qui peut « donc être rendue applicable aux personnes déjà condamnées sans contrevenir au principe de non rétroactivité des peines et des sanctions résultant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ». Ou encore, on peut évoquer la décision n°2005-532 DC du 19 janvier 2006 sur la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers. La censure de quelques mots de la loi est fondée sur la séparation des pouvoirs. Pour le reste, le Conseil n'y a rien vu à redire, pas même sur la mise en place du dispositif automatique de lecture des plaques minéralogique et de photographie des passagers du véhicule au sujet duquel l'avis du 26 octobre 2005 de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés s'était montrée très réservée.

A cet effet d'accumulation de l'absence de censure, s'ajoute le très faible nombre de consécration de nouveaux droits et libertés constitutionnels. Dans ce contexte, on peut alors relever la « quasi-audace » que représente la formulation d'un nouveau principe fondamental

reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs (décision n°2002-461 DC, 29 août 2002). Plutôt que de consacrer de nouveaux droits et libertés, le Conseil constitutionnel a préféré entreprendre un travail de redéfinition des fondements de droits et libertés déjà consacrés, notamment en les rattachant autant que possibles aux articles 2, 4 ou 16 de la Déclaration des droits de l'Homme. Les rares nouveaux principes produits ont une tonalité nettement technique et sont destinés à encadrer la rationalité de la production législative : intelligibilité, accessibilité, clarté, normativité de la loi³³.

Pour finir, le Conseil constitutionnel rappelle dorénavant de façon quasi-systématique la nécessité de procéder à une conciliation des droits et libertés non seulement entre eux (ce qui n'a rien de surprenant) mais aussi avec d'autres exigences constitutionnelles moins libérales souvent non expressément écrites dans le texte constitutionnel. A dire vrai, le Conseil veille au respect d'une telle conciliation depuis la fin des années 1970, s'agissant tout particulièrement de la liberté individuelle et de l'ordre public. Toutefois la systématisation de la nécessité de procéder à des conciliations ainsi que la nette valorisation de certaines des exigences constitutionnelles opposées aux droits et libertés, notamment l'intérêt général, confère une envergure nouvelle au phénomène. Les vœux pour 2006 du Président du Conseil constitutionnel sont significatifs : « L'intérêt général, en matière sociale, c'est n'envisager un nouvel avantage ou une nouvelle prestation qu'en en assumant la contrepartie en terme de coûts, d'organisation administrative ou d'effets secondaires » (...). « Dans le domaine des libertés publiques, l'intérêt général consiste à concilier avec réalisme les droits potentiellement en conflit, sans oublier que la défense trop intransigeante d'un droit peut compromettre la protection des autres » (...) « L'intérêt général, en matière d'immigration, est de mener de pair une intégration chaleureuse et volontariste des étrangers établis sur notre sol et la stricte application de notre législation sur l'entrée et le séjour des étrangers »³⁴. Cet appui sur l'intérêt général est ambiguë ou habile, c'est selon. Il conduit à mettre face à face l'ordre civique dans lequel s'insère le concept d'intérêt général, et non plus seulement un ordre sécuritaire ou répressif exprimé par la notion d'ordre public, contre l'ordre humaniste des droits et libertés. Tandis qu'il est aisé aux humanistes de s'opposer à un ordre sécuritaire, l'opposition est plus délicate face aux valeurs civiques qu'ils partagent assurément. Leur reste alors la critique, éculée mais inévitable, de l'instrumentalisation du standard qu'est l'intérêt général.

³³ Voir V. Champeil-Desplats, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *L'architecture du droit, mélanges offerts en l'Honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006.

³⁴ www.conseil-constitutionnel.fr

L'ordre public et l'intérêt général ne sont pas les seules exigences constitutionnelles non écrites avec lesquelles les droits et libertés doivent être conciliés. Parfois, comme cela a été récemment le cas dans la décision précitée portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile (décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007), c'est la nécessité de lutter contre la fraude qui est opposée aux droits et libertés. En l'occurrence, un amendement déposé par un député (M. Mariani) imposait le recours à des tests d'ADN pour prouver la filiation des enfants de famille d'immigrés candidate au regroupement familial. La brutalité de cet amendement avait provoqué de très vives controverses. Devant les doutes sur la constitutionnalité de cet amendement et de sa conformité à la Convention Européenne des droits de l'Homme, la majorité a fait machine arrière tout en souhaitant symboliquement conserver le principe du test. La version finale de l'amendement en présentait donc une forme édulcorée. Elle permet les tests mais à condition qu'ils soient réalisés à la demande expresse 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 pour des pays dont la liste doit être définie par Décret en Conseil d'Etat après avis du Comité consultatif national d'Ethique. Les requérants estimaient que ces dispositions portaient entre autre « atteinte au principe d'égalité », ne respectaient « pas le droit au regroupement familial, le droit au respect de la vie privée et le principe de la dignité humaine ». Pour déclarer conforme à la constitution ce dispositif, le Conseil constitutionnel déclare de façon 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 ».

Enfin, on signalera que c'est notamment sous couvert des difficultés d'articuler sa jurisprudence sur « l'effet cliquet » avec la nécessité de concilier les normes constitutionnelles entre elles que le Conseil a annoncé, au début des années 2000, avoir renoncé à cette première. L'idée est qu'il serait difficile de ne pas diminuer le niveau de protection des droits lorsqu'on procède à des conciliations. On peut néanmoins répliquer que s'agissant des droits constitutionnels fondamentaux qui bénéficiaient de l'effet cliquet, il n'existe aucune nécessité de les concilier avec d'autres objectifs ou même avec d'autres droits et libertés (beaucoup

vont même jusqu'à associer conceptuellement le caractère fondamental et le caractère absolu des droits et libertés). Cela suppose alors d'assumer une hiérarchie sinon formelle du moins axiologique entre certains droits et libertés et des exigences constitutionnelles non libérales, et éventuellement entre des droits et libertés.

* * *

Le Conseil constitutionnel du nouveau millénaire semble avoir des difficultés à imposer l'image de gardien des droits et libertés à laquelle certains n'ont peut-être jamais totalement cru, mais qui a amplement contribué à assurer sa légitimité au sein des institutions françaises. Cette légitimité était pourtant loin d'être acquise. Déjà écornée par sa volonté de ne pas apparaître maître du bloc de constitutionnalité, l'image de gardien des droits et libertés est aujourd'hui brouillée par un repli technique de la part Conseil constitutionnel. Sur le plan institutionnel, ce repli pourrait être analysé comme une bonne nouvelle pour le Conseil constitutionnel. Il pourrait être la marque d'un luxe suprême qui montrerait que le Conseil a enfin trouvé sa place dans la vie institutionnelle française. Il n'a plus besoin de justifier son existence ni sa jurisprudence par un ancrage constant et systématique de ses décisions dans le cadre hautement légitimant de la protection des droits de l'Homme. Sans renoncer totalement à la protection des droits et libertés, le Conseil peut, si l'on peut dire, « passer à autre chose ». Il reste qu'au regard d'une conception intransigeante de l'Etat de droit et du rôle du juge constitutionnel dans sa construction, une négligence trop marquée de la protection des droits et libertés peut à terme s'avérer problématique. L'observation des décisions futures d'un Conseil constitutionnel en formation renouvelée (nominations de trois nouveaux membres en février dernier dont un nouveau Président auxquelles s'ajoute la présence inédite de deux anciens Président de la République) devrait permettre de mesurer si les inflexions jurisprudentielles entamées à la fin des années 1990 se confirment et, si tel était le cas, jusqu'où, institutionnellement et politiquement, pourrait aller un « service minimum » en matière de droits et libertés. C'est alors peut-être moins sur le Conseil constitutionnel que l'on apprendra que sur l'évolution des exigences de la classe politique et de la société française à l'égard de la protection droits de l'homme.