Les acteurs juridiques et les normes constitutionnelles reconnaissant les droits de l'homme en France

Cécile Bargues

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1358>

DOI : 10.4000/revdh.1358

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Cécile Bargues, « Les acteurs juridiques et les normes constitutionnelles reconnaissant les droits de l'homme en France », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 7 | 2015, mis en ligne le 02 juin 2015, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1358> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1358>

Ce document a été généré automatiquement le 10 décembre 2020.

Tous droits réservés

Les acteurs juridiques et les normes constitutionnelles reconnaissant les droits de l'homme en France

Cécile Bargues

- 1 Si l'on en croit Jean Giraudoux, « jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité »¹. Or à l'école de l'imagination, le droit constitutionnel fait figure de bon élève tant la constitution se caractérise par son indétermination. Imprécision délibérée bien souvent, car l'adaptabilité du texte est à ce prix. Ambiguïté inévitable puisque la constitution résulte d'un certain nombre de compromis entre une pluralité d'auteurs². Contradictions structurelles enfin, dans la mesure où le texte constitutionnel, socle du système juridique, consacre nécessairement des principes contradictoires qu'il appartient aux différents acteurs juridiques de concilier et de concrétiser.
- 2 Or si la constitution-séparation des pouvoirs se double maintenant d'une constitution-charte des droits et libertés, l'interprète continue de jouer un rôle prépondérant en droit constitutionnel et tout particulièrement en matière de droits de l'homme.
- 3 Dans ce dernier domaine en effet, la France ne dispose pas d'un catalogue précis de droits fondamentaux, mais de plusieurs références fondatrices. Droits et libertés puisent donc à des sources historiques diverses, parfois anciennes et à l'énoncé généralement vague. Depuis 1971³, il revient essentiellement au Conseil constitutionnel, inspiré par la démarche du Conseil d'Etat de recourir aux principes généraux du droit⁴ et de se livrer à l'exercice délicat, voire périlleux, de proposer une lecture contemporaine des droits et libertés. Or ces derniers sont insérés dans un bloc de constitutionnalité éminemment composite, tant sur le plan historique que philosophique⁵ : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Préambule de la Constitution de 1946, Constitution de 1958 et Charte de l'environnement de 2004. Déjà complexe, ce bloc s'étoffe régulièrement, au gré non seulement des révisions constitutionnelles mais aussi de la découverte de certains principes constitutionnels qui font écho à des préoccupations nouvelles⁶. Dès lors, l'inclusion au sein du bloc de

constitutionnalité de principes moins précis encore que ceux qui figurent dans le texte de 1958 tend à exiger du juge de la rue de Montpensier « davantage de créativité dans l'interprétation des normes de référence »⁷.

- 4 A lire le rapport du Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, mis en place en 2008 sous la présidence de Madame Simone Veil, textes actuels et jurisprudence suffiraient à assurer une protection adéquate des droits et libertés fondamentaux, « le vice principal de l'arsenal constitutionnel » ne résidant pas dans son insuffisance mais dans sa méconnaissance⁸. Or, jamais pareil constat n'aurait pu être fait il y a quelques années, tant la valeur juridique de la Déclaration de 1789 ou du Préambule de 1946 – les textes à plus fort contenu en matière de droits de l'homme – a été longtemps contestée. Le positionnement de la plupart des droits et libertés en dehors du texte même de la Constitution a en effet indéniablement eu pour conséquence de « retarder la consécration de leur valeur constitutionnelle et de leur opposabilité au législateur ».⁹ Il n'y a d'ailleurs pas lieu de s'en étonner dans la mesure où le Préambule s'exprime sur un autre registre que la Constitution elle-même et « n'a pas, *prima facie*, vocation à acquérir une valeur juridique »¹⁰. Par ailleurs, sous la IIIe République, la IVe et jusqu'au début de la Ve, une partie de la doctrine persistait à subordonner la normativité du texte constitutionnel à sa précision. Dès lors, Déclaration et Préambule ne pouvaient se situer qu'en dehors du droit positif, intégralement ou au moins en partie.
- 5 Paradoxalement, le rejet le plus radical peut être illustré sous la IIIe République, par les conceptions de théoriciens comme Esmein ou Carré de Malberg qui avaient pourtant en commun de se réclamer de la doctrine révolutionnaire¹¹. Mais leur adhésion à l'esprit de 1789 les incitait surtout à refuser d'enchaîner la volonté générale à des formes juridiques passées, dans la lignée de la célèbre formule de Rabaut de Saint Etienne selon laquelle « notre histoire n'est pas notre code¹² ». Dès lors, les dispositions de la Déclaration étaient vues comme renvoyant à des concepts de droit naturel et non à des prescriptions juridiques. Il en résulte que « les droits en question – les droits de l'homme et du citoyen – , n'acquièrent de valeur juridique proprement dite, qu'à condition d'avoir été déclarés, c'est-à-dire reconnus et consacrés par la loi, et en tout cas, c'est à la loi qu'il appartient d'en fixer les conditions d'exercice, d'en réglementer la mise en œuvre et d'en assurer la sanction positive¹³ ».
- 6 L'adoption de la Constitution de 1946 fit inévitablement rebondir le débat. Le texte est en effet doté d'un riche Préambule qui, s'il est exclu de la compétence du Comité constitutionnel, n'en réaffirme pas moins « solennellement » droits et libertés de 1789 et autres principes fondamentaux. Le Doyen Vedel nie ainsi la qualité de norme juridique aux alinéas du Préambule qui, à l'instar de celui en vertu duquel « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement », sont trop imprécis pour constituer de véritables règles de droit¹⁴. G. Burdeau, plus tard encore, continue d'opérer le même type de tri : s'il reconnaît que toutes les dispositions du Préambule constituent des règles de droit, seules certaines d'entre elles sont suffisamment précises pour qu'on puisse en déduire une règle de droit positif immédiatement applicable et susceptible de lier le législateur¹⁵. Le droit administratif n'est d'ailleurs pas en reste puisqu'un commentateur aussi avisé que Marcel Waline, dans sa note sous l'arrêt Dehaene¹⁶, subordonne la valeur juridique des dispositions du Préambule à une « précision suffisante pour pouvoir être appliquées sans intervention préalable d'une disposition législative ou réglementaire ». « En cas contraire » continue

Waline, « elles n'auraient plus (...) valeur de droit positif, mais simplement celle purement morale ou politique d'un conseil donné à l'autorité législative ».

- 7 Quant aux autres acteurs juridiques, qu'ils relèvent du pouvoir exécutif, parlementaire ou juridictionnel, ils abondent longtemps dans le même sens.
- 8 En 1958, le Conseil constitutionnel est essentiellement conçu comme un instrument de parlementarisme rationalisé, chargé pour l'essentiel du contrôle de conformité de la loi aux seules règles de compétence de la Constitution. Dans l'esprit des constituants, aucun contrôle ne saurait s'exercer au regard des principes du Préambule¹⁷. Lorsqu'est présentée, au comité consultatif constitutionnel, une proposition visant à préciser¹⁸ que le législateur exercera sa compétence normative « dans le respect des principes généraux et des droits individuels définis par la Constitution », la réaction du commissaire de gouvernement est immédiate : l'adoption du texte suggéré aboutirait à reconnaître « valeur constitutionnelle à toutes les dispositions de la DDHC ». Et Raymond Janot d'ajouter « je me demande si vous estimez que les règles normatives qui ont été édictées en 1789 peuvent devenir normatives au siècle où nous sommes, au XXe siècle ? Croyez-vous que la structure de la société moderne est comparable avec celle du XVIIIe siècle ?¹⁹ ».
- 9 Si le refus de reconnaître valeur constitutionnelle aux principes mentionnés par le Préambule s'explique en 1958 notamment par des préoccupations liées à la validité juridique de certaines lois alors appliquées en Algérie,²⁰ il est plus étonnant de voir une attitude semblable perdurer au-delà de la décision du 16 juillet 1971 par laquelle le Conseil constitutionnel étend son contrôle au respect du Préambule de la Constitution. Telle est pourtant en substance la position d'Etienne Dailly, vice-président du Sénat, qui, à la suite du sévère désaveu infligé à la majorité parlementaire par la décision Maitrise de l'immigration du 13 août 1993, propose de rendre inopérante toute référence aux Préambules de 1946 et 1958 au motif que « comme tous les Préambules, [ils] n'ont aucune valeur normative²¹ ».
- 10 Enfin, les autorités juridictionnelles s'inscrivent longtemps dans la même logique, à l'exception sans doute de la Cour de Cassation, peu encline à subordonner l'applicabilité directe des normes constitutionnelles même imprécises à une quelconque concrétisation législative²². Quant au Conseil d'Etat, s'il a su faire produire des effets étendus à la plupart des dispositions de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ce n'est qu'à partir des années 1990 qu'il a accepté de garantir les « droits-créances » à l'encontre des actes réglementaires²³. Il rompt ainsi avec la doctrine qui niait tout effet juridique aux énoncés imprécis, et prépare ce faisant la voie à l'arrêt Commune d'Annecy²⁴.
- 11 La conception selon laquelle la portée juridique des droits et libertés reste conditionnée à l'intervention du législateur n'en demeure pas moins au cœur du texte constitutionnel. En témoigne l'article 34 de la Constitution qui confie au législateur le soin de fixer notamment les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». L'article 34 trouve en effet l'essentiel de ses racines dans la volonté de réserver certaines matières à la loi, nonobstant le souhait du constituant de 1958 de renforcer le pouvoir exécutif via l'affirmation du pouvoir réglementaire²⁵. Mais, au-delà de la concurrence des articles 34 et 37, il est aussi révélateur d'un attachement profond à une définition organique ou formelle de la loi en vertu de laquelle celle-ci, en tant qu'acte voté par le Parlement, demeure première dans la hiérarchie des normes²⁶. La décision du Conseil

constitutionnel en 1971, en soumettant ce même législateur au respect des principes dont il avait la charge d'assurer la mise en œuvre effective, a cependant constitué un tournant décisif. Elle a favorisé l'émergence d'une tendance à définir les droits, à déterminer leur portée, non plus au regard de leur reconnaissance par le droit positif mais au regard de leur qualités substantielles, de leur « *fondamentalité*²⁷ ».

- 12 Il en résulte une attitude foncièrement ambivalente des acteurs juridiques face aux normes constitutionnelles relatives aux droits de l'homme. La conception technique des droits et libertés est aujourd'hui encore vivace mais s'est transformée et a perdu son exclusivité (I). Elle se double, depuis les années 1970, au moins d'une conception philosophico-politique qui, pour être riche, n'en demeure pas moins problématique (II)²⁸.

I. La prégnance d'une conception technique des droits de l'homme

- 13 Cette première approche tend à exiger du texte constitutionnel un certain degré de précision. A défaut, l'appartenance de la norme constitutionnelle relative aux droits de l'homme au droit positif reste subordonnée à une intervention législative. Or, cette vision juridique et technique des droits et libertés, qui est depuis longtemps celle du juge administratif (A), semble connaître un certain renouveau au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (B).

A. Une origine administrativiste

- 14 Cette conception un peu technique des droits de l'homme, en vertu de laquelle la force normative d'un énoncé²⁹ croît avec sa précision, bénéficie, on l'a déjà vu pour partie, d'une longue tradition. Elle continue à perdurer par exemple à travers le contrôle qu'exerce traditionnellement le juge administratif sur les mesures de police administrative. Ce dernier se caractérise par le principe selon lequel la portée des restrictions aux libertés publiques que peuvent imposer les pouvoirs publics est inversement proportionnelle à « la valeur juridique de la liberté qui lui est opposée³⁰ ». Les conclusions du commissaire du gouvernement Michel sur l'arrêt Benjamin³¹ sont à cet égard exemplaires, le juge administratif se montrant, dans son contrôle de la légalité des mesures de police, plus sévère dans les cas « où le principe d'une liberté est inscrit dans la loi en termes particulièrement impératifs et où le législateur a édicté des prescriptions de détail destinées à assurer le respect de cette liberté ».
- 15 Certes, le Conseil d'Etat se met assez vite à énoncer des « principe généraux du droit public » dont le contenu s'inspire largement de la Déclaration de 1789³². Toutefois, il demeure longtemps peu enclin à appliquer directement les énoncés trop généraux de la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen³³. De la même manière, alors que les excès du parlementarisme auraient dû l'inciter à relativiser les vertus de la loi³⁴, la portée des principes politiques, économiques et sociaux « particulièrement nécessaires à notre temps » que proclame le Préambule de 1946 reste conditionnée à une intervention du législateur destinée à en préciser les modalités d'exercice. C'est ce que rappelle le Conseil d'Etat en 1968 en affirmant « que si, en vertu du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la constitution du 4 octobre 1958, « la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les français devant les charges

résultant de calamités nationales », le principe ainsi posé, en l'absence de disposition législative précise en assurant l'application, ne peut servir de base à une action contentieuse en indemnité³⁵ ». Dans le célèbre arrêt *Société Eky* rendu huit ans auparavant³⁶, le Conseil d'Etat avait pourtant reconnu la valeur juridique du Préambule de la Constitution de 1958 et des textes auxquels il renvoie.

- 16 En réalité, cette dimension un peu impressionniste de la jurisprudence témoigne de la tendance du juge administratif, aujourd'hui encore, à apprécier l'applicabilité directe de telles dispositions en fonction de leur degré de précision. Si les choix alors opérés laissent parfois l'observateur perplexe³⁷, ils s'expliquent, au moins en partie, par une réticence compréhensible. Le juge administratif semble hésiter à contrôler l'action de l'administration – notamment dans des domaines touchant à la souveraineté nationale – au regard de principes qui, pour être de valeur constitutionnelle, n'en demeurent pas moins très généraux et n'ont pas vu leur caractère normatif être confirmé et précisé par des textes de loi³⁸.

B. Un renouveau constitutionnel

- 17 Une conception similaire des droits et libertés et de leur garantie semble également perceptible dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Certes, historiquement, l'une des premières missions impartie au juge constitutionnel fut, dans une logique libérale, de contrôler les empiétements législatifs sur les droits et libertés. La norme législative ne peut alors limiter l'exercice des droits et libertés que pour assurer la protection d'un « objectif d'intérêt général qu'il appartient au législateur d'apprécier³⁹ » ou encore la coexistence de libertés contradictoires⁴⁰. Cette fonction défensive ne saurait toutefois épuiser les potentialités des droits et libertés. Elle se double d'une fonction positive qui tend à inciter le législateur à adopter des mesures destinées à promouvoir l'exercice de ces droits⁴¹.
- 18 Telle fut au moins un temps la conception que semblait en avoir le Conseil constitutionnel à travers sa jurisprudence sur les garanties légales des exigences constitutionnelles. Il s'agissait non plus seulement de défendre l'exercice des droits et libertés des ingérences législatives, mais de les soutenir par une législation appropriée⁴². Certes, pendant cette période, qui a couru à peu près du début des années 1980 à la fin des années 1990, le Conseil constitutionnel est resté prudent : s'il appelait parfois à l'intervention du législateur, il se gardait de l'exiger. Tout au plus a-t-il été tenté d'interdire, par l'intermédiaire du fameux « effet-cliquet », un retour en arrière, une diminution de la protection lorsqu'il se trouvait face à l'une des rares libertés fondamentales constitutionnellement garanties. Le législateur était alors tenu de n'en fixer les règles « qu'en vue d'en rendre l'exercice plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle⁴³ ». Une telle approche traduisait néanmoins une conception institutionnelle des droits et libertés. Elle avait pour principal intérêt de rappeler que la meilleure manière d'assurer la garantie des libertés consiste à créer des institutions – au sens large du terme⁴⁴ – de nature à protéger concrètement l'existence et l'exercice des droits correspondants⁴⁵. L'abandon de l'effet cliquet⁴⁶ laisse aujourd'hui au législateur la possibilité de modifier des textes antérieurs ou de les abroger, mais sous réserve que, ce faisant, il « ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles⁴⁷ ». Parallèlement, le Conseil constitutionnel déploie une jurisprudence substantielle sur ce que le législateur doit

prévoir lorsqu'il intervient, en vertu de l'article 34, en matière de garantie fondamentale des libertés publiques. Il s'efforce alors de préciser ce que le législateur doit fixer, de façon suffisamment claire et précise, pour ne pas laisser au pouvoir réglementaire la possibilité de porter atteinte aux garanties fondamentales de ces libertés⁴⁸.

- 19 Ainsi, si l'abandon de l'effet cliquet a sans doute affaibli le caractère protecteur de la jurisprudence du Conseil, il n'a en revanche en rien modifié sa conception des rapports des droits et libertés à la loi. Cette dernière continue, à bien des égards, à témoigner de la prévalence d'une conception technique, légitimée, des droits et libertés.
- 20 Bien entendu, il ne s'agit plus du légicentrisme de jadis. Que certains principes, droits et libertés soient tributaires d'une intervention législative ne permet plus de subordonner le caractère normatif des dispositions constitutionnelles à l'intervention du législateur. La diversité des effets que le juge constitutionnel tend à attacher à des droits de l'homme, eux-mêmes de nature composite, incite en effet les juristes à remettre en cause des catégories jusque-là classiques. Il en va ainsi, sinon de la dichotomie entre « droits-libertés » et « droits-créances » - qui reste prégnante -, du moins de l'idée selon laquelle les seconds, à la différence des premiers, ne pourraient faire l'objet d'une réalisation immédiate⁴⁹. Sans même aller jusque-là, la doctrine tend dorénavant à distinguer la question de la valeur d'un droit de celle de son exercice, voire de son opposabilité. En d'autres termes, l'imprécision de certains droits limite potentiellement leur portée, mais n'est plus un obstacle à leur normativité⁵⁰.
- 21 Ce changement de paradigme s'explique sans doute par la montée en puissance d'une autre vision des droits de l'homme que partagent dorénavant bon nombre d'acteurs juridiques. Elle consiste à ne plus définir la valeur des droits de l'homme en fonction de leur seule reconnaissance par le droit positif mais au regard de considérations substantielles attestant leur caractère fondamental. Il ne s'agit donc plus d'une conception stricte mais au contraire plus compréhensive des droits de l'homme.

II. La concurrence d'une conception philosophico-politique des droits de l'homme

- 22 En vertu de cette seconde conception, les droits de l'homme tendent à s'émanciper de la norme législative ou constitutionnelle. La justice constitutionnelle joue ici un rôle central et apparaît non seulement comme un instrument de protection, mais aussi de promotion, voire de création des droits (A). Cette évolution incite évidemment à s'interroger, non pas sur l'utilité, mais sur la légitimité de ces droits de l'homme essentiellement prétoriens (B).

A. Des droits de l'homme hors norme

- 23 En dépit de la doctrine Vedel selon laquelle « le Conseil Constitutionnel (...) ne s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel⁵¹ », la jurisprudence de la Haute juridiction s'abstient parfois de s'arrimer à la norme. Tel est le cas par exemple lorsque le Conseil évoque un principe fondamental reconnu par les lois de la République, sans citer la ou les lois pertinentes⁵². Tel est le cas également, lorsqu'il se réfère à ce type de principe pour constitutionnaliser une conception large de la liberté d'opinion et de

conscience, alors qu'il aurait pu la fonder sur l'article 10 de la DDHC, l'alinéa 5 du Préambule de 1946 ou l'article 1er de la Constitution de 1958⁵³ ! Tel est le cas enfin, dans une certaine mesure, lorsqu'une norme constitutionnelle est certes visée, mais fait l'objet d'une interprétation extrêmement constructive⁵⁴. A titre d'illustration, on peut notamment citer le principe de liberté d'entreprendre qui, à la différence du droit de propriété, n'est pas inscrite dans la DDHC, mais a été construite à partir de son article 4, en vertu duquel « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».

- 24 Mais c'est sans doute la jurisprudence relative au principe d'égalité qui témoigne le mieux de la volonté du Conseil de ne pas être lié par les textes, quel que soit leur degré de contrainte et de précision. Il s'agit pour lui de disposer d'un pouvoir de libre appréciation. En atteste sa tendance à se référer à la Déclaration de 1789 de manière générale, préférant viser l'ensemble du texte, plutôt qu'un article spécifique. D'ailleurs, lorsqu'à titre exceptionnel, le Conseil spécifie la disposition de la Déclaration sur laquelle il fonde le principe d'égalité, c'est pour mieux délaissier le très célèbre et relativement précis article premier⁵⁵, au profit de l'article 6 relatif à la loi qui, expression de la volonté générale, doit être la même pour tous⁵⁶. Dans le même ordre d'idée, il admet, par un considérant devenu de principe, l'idée d'inégalité justifiée par une différence de situation ou des raisons d'intérêt général, mais c'est bien entendu à lui qu'il revient de déterminer ce qui constitue une inégalité justifiée. Il le fait alors librement sans se sentir tenu par les textes constitutionnels qui, en interdisant des discriminations précises, seraient susceptibles de limiter son pouvoir d'appréciation⁵⁷. Ce faisant, il substitue sa propre conception des discriminations légitimes à celle du législateur. Ce qui a permis à l'un de ses anciens membres – F. Luchaire – de constater que « l'arbitraire du Parlement est remplacé par celui du Conseil Constitutionnel », avec au demeurant un avantage conséquent sur ledit Parlement, puisque l'article 62 de la Constitution permet au Conseil de faire prévaloir sa propre conception⁵⁸.

B. Une question de légitimité

- 25 L'écriture juridictionnelle des droits, en ne se référant que de manière variable aux textes constitutionnels, tend dans une certaine mesure à disqualifier la valeur de l'écrit institué comme garant des droits et libertés. Cette logique se surajoute, de manière assez contradictoire, à celle qui procède d'une conception plus technique des droits et libertés et qui continue d'exister. Cette mise à l'écart du texte tend naturellement à favoriser la multiplication des droits de l'homme. Or, loin d'être analysée comme la marque de leur triomphe, cette dernière est parfois suspectée de signer leur déclin. Les divers reproches adressés à ce processus d'accroissement sont connus : absence de portée juridique bien identifiée pour les derniers droits reconnus, risque de conflit de valeurs, banalisation des droits fondamentaux susceptibles d'entraîner leur dévaluation⁵⁹. Signe de cette défiance, la consécration annoncée de « droits nouveaux pour les citoyens » lors de la dernière révision constitutionnelle a finalement été des plus limitée⁶⁰. Apparaissent en revanche régulièrement des propositions, plus ou moins convaincantes, destinées à favoriser l'ancrage constitutionnel des droits et libertés et leur modernisation, mais aussi peut-être à canaliser le juge constitutionnel, par la rédaction d'un document d'ensemble de type charte⁶¹.
- 26 Qu'on ne se méprenne pas. Il ne s'agit pas ici de conclure ces libres propos par le procès, déjà bien instruit, de l'exercice de la fonction juridictionnelle. Le juge – et pas

seulement le juge suprême – s’est révélé à bien des égards un véritable défenseur de nos libertés. Il n’empêche que la latitude accrue du juge constitutionnel, même s’il s’attache régulièrement à rappeler qu’il ne dispose pas d’un pouvoir d’appréciation semblable à celui du Parlement⁶², ne peut que perturber la théorie démocratique. A cet égard, les thèses qui consistent à ériger le Conseil constitutionnel, co-acteur du processus législatif, en gardien du temple de la volonté populaire⁶³, peinent à emporter la conviction. Elles font en effet assez largement l’impasse sur les faiblesses inhérentes au fonctionnement actuel du Conseil constitutionnel : caractère aléatoire de sa saisine, mode de désignation contestable de ses membres⁶⁴, motivation souvent faible de ses décisions⁶⁵, sans même faire mention, sur le fond, d’un certain nombre de démissions face à des questions à fort enjeu social⁶⁶. Elles procèdent en réalité d’une certaine dévalorisation de la démocratie qu’elles conduisent à présenter comme un danger contre lequel il serait nécessaire de se prémunir⁶⁷. En définitive, elles aboutissent à substituer au fétichisme parlementaire d’antan, un fétichisme jurisprudentiel guère plus rassurant.

NOTES

1. Hector face à Busiris in *La Guerre de Troie n’aura pas lieu*, acte II, scène V.
2. Voir en ce sens, HAMON F. et TROPER M., *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 31^e éd., 2009, p. 50.
3. CC, 16 juillet 1971, n°71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d’association*
4. CE, Sec. 12 fév. 1960, *Société Eky*, à propos du principe de légalité des délits et des peines issu de l’article 8 de la DDHC.
5. OBERDORFF H., *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2009, p. 79.
6. Il en fut ainsi par exemple du droit au respect de la vie privée ou de la possibilité pour toute personne de disposer d’un logement décent : voir en ce sens, VIDAL-NAQUET A., *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Université Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2007, p. 15.
7. *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, Rapport du comité présidé par Simone Veil, Paris, La documentation française, coll. des rapports officiels, 2008, p. 7. Dorénavant « Rapport S. Veil ».
8. Rapport VEIL S., *op.cit.*, p. 98. Il en résulte que le comité n’a pas recommandé de modification du Préambule et s’est contenté de préconiser un ajout à l’article 1^{er} de la Constitution destiné à introduire une référence au principe d’égalité de dignité de chacun.
9. Rapport VEIL S., *op.cit.*, p. 11. On notera toutefois qu’il s’agit là d’un état de fait plus que d’une conséquence nécessaire, l’extériorité n’impliquant pas nécessairement l’infériorité. Dans son *Traité de Droit Constitutionnel* L. Duguit tirait ainsi argument du vote séparé de la Déclaration de 1789 et de la Constitution de 1791 pour défendre la thèse de la validité éternelle de la première et de sa supériorité à toute les constitutions postérieures. Voir en ce sens, RAYNAUD Ph., *Le juge et le philosophe*, Paris, Armand Colin, 2010, p. 49-50.
10. HAUPAIS N., « Les logiques politiques à l’œuvre dans la densification normative constitutionnelle », in THIBIERGE C. et alii, *La densification normative, découverte d’un processus*, Mare et Martin, 2013, p. 547. S’appuyant sur l’article de HUMMEL J., « Les préambules de la Constitution :

une forme de genre littéraire utopique », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2011, n° 31, p. 203 et s., l'auteur montre que les Préambules ont avant tout vocation à légitimer l'ordre constitutionnel établi et à lui offrir un allant, une perspective, un objectif, la consécration de leur valeur juridique ne résultant que d'un processus ultérieur.

11. RAYNAUD Ph., *op. cit.*, p. 47-48.

12. *Idem.*

13. CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*, vol. 1, Paris, 1920, rééd CNRS, 1962, p. 492.

14. VEDEL G., *Cours de droit constitutionnel*, Paris Sirey, 1949, p. 326. Voir sur ce point, VIDAL-NAQUET A., *op. cit.*, p. 65.

15. Les autres n'ont qu'une dimension programmatique : cf. BURDEAU G., *Traité de Science politique*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 1984, t.IV, p. 126 et s., cité par VIDAL-NAQUET A., *op. cit.*, p. 65.

16. CE, Ass., 7 juill 1950, RDP, 1950, p. 691.

17. PHILIP L., « Le Conseil Constitutionnel », *L'écriture de la Constitution*, Paris, Economica, 1992, p. 478.

18. Au début de l'article 31, futur article 34 de la Constitution.

19. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution*, t. II, p. 254-256. Sur le caractère réfléchi et sans appel de la réaction de R. Janot, voir également, ROUSSEAU R., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Domat Montchrestien, 9^{ème} éd, 2010, p. 28.

20. Voir en ce sens, DEBRÉ J.-L., « 1958-1983 : 25 ans de délibérations », Colloque du 30 janv 2009 sur l'ouverture des archives au Conseil constitutionnel, p. 4.

21. LEVINET M., *Théorie générale des droits et libertés*, Paris, Bruylant, 2008, p. 548. Cette curieuse déclaration n'empêchera en rien l'intéressé de devenir membre du Conseil constitutionnel moins de deux ans plus tard.

22. ROULHAC C., *Les droits de l'homme sans la loi?*, *Revue des droits de l'homme*, n°5, 2014, p. 9. Voir également, CHAMPEIL-DESPLATS V., « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2007, p. 7.

23. *Idem.*

24. CE, Ass., 3 oct. 2008, req n°297931.

25. Raymond Janot, principal artisan de l'article 34 de la Constitution s'est en effet heurté à une forte opposition du Conseil d'Etat très hostile à une délimitation constitutionnelle du domaine de la loi. Son vice-président, René Cassin, allait jusqu'à qualifier l'article 34 de véritable « guillotine opposée à la compétence du pouvoir législatif ». C'est d'ailleurs le Conseil d'Etat qui est à l'origine de la possibilité de déverrouiller le système prévu par le dernier alinéa de l'article 34, en vertu duquel « les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique ». Sur tous ces points, cf. LEROYER S., *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la Ve République*, Paris, Dalloz, 2011, p. 336-348.

26. Sur la profondeur de cet attachement au sein du Conseil d'Etat, dans les années qui précèdent la rédaction de la Constitution de la Ve République et pendant son élaboration, cf. S. Leroyer, *op. cit.*, p. 321-348.

27. Cf. sur ce point CHAMPEIL-DESPLATS V., « Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum* n°5. L'auteur montre notamment que si l'affirmation de droits de l'homme ou de libertés publiques désigne « un processus d'intégration dans le droit positif (...) de prétentions morales » (p. 13), « les références aux droits fondamentaux qui se multiplient en France à partir des années 1980 s'inscrivent dans une tout autre histoire » (p. 14). Prétendent en effet à la fondamentalité des droits qui, d'une manière ou d'une autre, sont déjà consacrés par l'ordre juridique. Dès lors « il s'agit moins de consacrer de nouveaux droits et libertés dans les ordres juridiques que d'identifier (...) ou de conférer (...) des garanties spécifiques

à des droits déjà posés » (p. 15). Une telle conception tend à s'émanciper d'une lecture formelle du droit, puisque ce n'est plus nécessairement la norme qui produit le fondamental. Sur la possibilité d'une fondamentalité extranormative, cf. PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6

28. Cette approche trouve son origine dans la lecture du très stimulant article de GUILLY T., « La liberté de manifestation, un droit introuvable », à paraître à l'*AJDA*, 2015. Nous remercions chaleureusement l'auteur de nous avoir donné accès à son travail dans une version antérieure et plus complète que celle appelée à être publiée.

29. Entendue au sens de puissance attachée à la norme, de capacité à moduler les comportements. Voir sur ce point les travaux de l'Ecole de droit d'Orléans et notamment, THIBIERGE C. et alii, *La force normative, Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009.

30. BURDEAU G., *Libertés publiques*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1966, p. 45.

31. CE, 19 mai 1933.

32. Tel est le cas des droits de la défense, principe proclamé par les célèbres arrêts *Dame Veuve Trompier-Gravier* du 5 mai 1944 et *Aramu* du 26 octobre 1945, du principe de liberté de conscience ou encore de celui d'égal accès aux emplois publics : CE, *Barel*, 28 mai 1954.

33. L'arrêt *Condamine*, rendu par le Conseil d'Etat, le 7 juin 1957 constitue à cet égard une rupture puisque, pour la première fois, la haute juridiction accepte de statuer sur la méconnaissance des articles 8, 9 et 10 de la DDHC. Sur ce point, cf. ROULHAC C., « Les droits de l'homme sans la loi », *Revue des droits de l'homme*, 5, 2014, note 53.

34. Cf. ROULHAC C., *art. cit.*, p. 8.

35. CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, n° 68938.

36. CE, Sect. 12 fév. 1960, n° 46922.

37. C'est ainsi que parmi les dispositions du Préambule de 1946, les alinéas 10, en vertu duquel la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à son développement et 11 qui pose notamment le droit à la protection de la santé et à la sécurité matérielle se sont vu reconnaître pleine applicabilité (CE, ass. 8 décembre 1978, *GISTI, CFDT et CGT*), tandis que le droit d'asile, pourtant défini en termes relativement précis à l'alinéa 4, n'a pas bénéficié du même traitement (CE, 27 septembre 1985, *France Terre d'asile*). Sur tous ces points, cf. SEILLER B., *Droit administratif*, t. 1, 3^e éd., Paris, Champs Flammarion, 2010, p. 35.

38. SEILLER B., *op. cit.*, p. 36.

39. Déc. 85-198 DC du 13 décembre 1985, *Amendement Tour Eiffel*.

40. Sur les finalités de l'ingérence législative au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cf. VIDAL-NAQUET A., *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Université Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2007, p. 263-267.

41. VIDAL-NAQUET A., *op. cit.*, p. 267.

42. *Idem*, p. 33.

43. Cf. par ex déc. n°93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

44. Une telle conception de la notion d'institution ne renvoie évidemment pas à l'intervention d'un organisme en particulier, mais à l'ensemble des règles susceptibles d'être établies par une collectivité. Voir en ce sens, VIDAL-NAQUET A., *op. cit.*, p. 257.

45. Voir en ce sens, VIDAL-NAQUET A., *op. cit.*, p. 257.

46. Pour une approche critique des raisons avancées pour justifier l'abandon de l'effet-cliquet, cf. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus politicum*, n° 7, p. 16 et s.

47. CHAMPEIL-DESPLATS V., *art. cit.*, p. 16 (citant des propos tenus par le Président Mazeaud en 2005).

48. *Idem*, p. 10.

49. Pour une fine analyse des évolutions doctrinales en la matière, cf. ROULHAC C., « Les droits de l'homme sans la loi ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 5, 2014, II A, p. 11 à 13.
50. Cédric Roulhac, dans l'article précité, illustre ce point de manière particulièrement éclairante par ce qu'il qualifie de « volte-face » de la part du Doyen VEDEL. Dans son *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, publié en 1949, ce dernier refuse de reconnaître une valeur juridique égale à celle de la Constitution « aux parties du Préambule [de la Constitution de 1946] qui, à raison de leur imprécision, ne peuvent être ramenées à des prescriptions assez rigoureuses pour être de véritables règles de droit ». Quarante ans plus tard il est vrai, lors d'un colloque sur la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence, le Doyen Vedel reconnaissait que « l'imprécision d'une norme constitutionnelle relative aux droits et aux libertés, si elle peut mettre obstacle à sa mise en œuvre directe sans le relais de la loi, n'empêche nullement qu'elle serve de base à la censure de la loi ou règlement qui lui est contraire ». L'imprécision peut donc interdire la revendication d'un droit subjectif – au sens de prérogative individuelle – mais elle ne saurait constituer un obstacle à la normativité.
51. VEDEL G., « Le précédent judiciaire en droit public français », *Journées de la Société de Législation Comparée*, vol. IV, 1984, p. 287.
52. Tel est le cas par exemple de la décision qui érige les droits de la défense en principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (Déc. 80-127 DC 19 -20 janv. 1981) ou de celle qui intègre le principe de liberté individuelle à la même catégorie (Déc. 76-75 DC du 12 janvier 1977).
53. Cette absence de rattachement est souvent stratégique. Elle a ainsi permis au Conseil de consacrer un principe de liberté d'opinion et de conscience à portée générale, dégagé d'une perspective un peu trop étroite car essentiellement religieuse. Dans la décision DC n° 76-67 du 15 juillet 1976, il a pu exclure la possibilité de faire mention, sur des dossiers de fonctionnaires susceptibles d'être consultés par des jurys de concours, des opinions politiques, philosophiques ou religieuses des impétrants.
54. Sur cette construction du principe et l'interprétation particulièrement large qui en est faite, voir ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Domat Montchrestien, 9^{ème} éd, 2010, p. 465.
55. « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur utilité commune ».
56. ROUSSEAU D., *op. cit.*, p. 479.
57. A titre d'illustration, D. Rousseau explique le peu d'appétence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour l'article premier de la Constitution par sa formulation restrictive. Assurant uniquement « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », il pourrait être interprété comme autorisant *in fine* les discriminations fondées sur d'autres motifs et limiter en conséquence la capacité du Conseil à apprécier librement le contenu du principe d'égalité. Cf. ROUSSEAU D., *op. cit.*, p. 478.
58. *Idem.* p. 494
59. Pour une synthèse en la matière, cf. DEUMIER P., *Introduction au droit*, Paris, LGDJ, 2011, p. 57.
60. Cf. ROBLOT-TROIZIER A., « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *AJDA* 2008, p. 1866, montrant notamment combien, au-delà de l'instauration de la QPC, la place du citoyen, dans la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, est en retrait par rapport aux propositions du comité de réflexion Balladur.
61. Voir, à titre d'exemple, la « Proposition de loi constitutionnelle relative à la charte des droits naturels et des libertés fondamentales » présentée par F. Marlin, AN, n°570, 9 janv. 2008.
62. Depuis la décision 75-54 DC du 15 janv. 1975, cons. 1.

63. Voir sur ce point notamment les thèses de D. Rousseau qui *in op. cit.* p. 557 et s. érige le Conseil en « *acteur d'un régime d'énonciation concurrentiel de la volonté générale* » capable de produire une définition de la démocratie qui le légitime.

64. Pour une vision très critique de la composition, du fonctionnement et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, voir DENQUIN J.-M., « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel », *Jus politicum* n°7, mars 2012. L'auteur voit notamment dans la composition du Conseil, non pas un accident de l'histoire, mais une volonté délibérée de s'assurer que l'institution ne produira qu'un droit moyen, c'est-à-dire un droit de l'entre deux, ni franchement savant, ni véritablement ordinaire et, en tout état de cause, peu susceptible de gêner un exécutif dont elle est politiquement proche.

65. Voir notamment BARANGER D., « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum* n° 7, mars 2012. Selon l'auteur, cette dernière se caractérise par une pratique de la motivation faible qui, liée à une technique juridictionnelle hyperformaliste, renvoie aux rapports qu'entretient le juge constitutionnel français avec la politique entendue comme un processus de détermination du bien commun.

66. MATHIEU B., VERPEAUX M., « SAISINE SUR SAISINE NE VAUT OU LES INSUFFISANCES DU CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS À LA FRANÇAISE », DALLOZ, 2001, P. 3374-3377 (À PROPOS DES DC IVG II ET III DE 2001 DANS LESQUELLES LE CONSEIL S'EST ABSTENU D'EXAMINER LA QUESTION DE LA DÉROGATION À L'AUTORISATION PARENTALE POUR L'IVG DES MINEURS ET CELLE DE LA STÉRILISATION NON VOLONTAIRE DES HANDICAPÉS MENTAUX SOUS TUTELLE). L'INTRODUCTION DE LA QPC NE SEMBLE PAS AVOIR FONDAMENTALEMENT CHANGÉ LES CHOSES. ON PEUT EN EFFET CITER, PLUS RÉCEMMENT, LA DÉCISION 2010-92 QPC MME CORINNE C [INTERDICTION DU MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE] QUI, EN SON CONSIDÉRANT 9, SE CONTENTE DE PRÉCISER « QU'IL N'APPARTIENT PAS AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE SUBSTITUER SON APPRÉCIATION À CELLE DU LÉGISLATEUR SUR LA PRISE EN COMPTE, EN CETTE MATIÈRE, DE CETTE DIFFÉRENCE DE SITUATION (ENTRE COUPLE DE MÊME SEXE ET DE SEXES DIFFÉRENTS) ». PRUDENTE RÉSERVE OU FLAGRANTE DÉROBADE DANS L'ATTENTE DE LA LOI DU 17 MAI 2013 OUVRANT LE MARIAGE AUX COUPLES DE PERSONNES DE MÊME SEXE ?

67. Dès lors en effet que le suffrage universel est considéré comme le principe premier de légitimité, l'existence d'une institution susceptible d'invalidier des lois adoptées par les élus du peuple apparaît nécessairement comme une « anomalie démocratique ». Nous empruntons cette dernière expression à ROUSSEAU D., qui tente d'ailleurs de dépasser l'antinomie en explorant la notion de « démocratie continue » : *in* « De quoi le Conseil est-il le nom ? », *Jus Politicum* n°7, mars 2012, p. 9 et s.

RÉSUMÉS

La France ne dispose pas d'un catalogue précis de droits de l'homme, mais de plusieurs références fondatrices, dont la normativité a longtemps été contestée, faute d'une précision suffisante de leurs énoncés. Dans la lignée de la lettre même de la Constitution, la portée juridique des droits et libertés est restée conditionnée à l'intervention du législateur. Il en est résulté une conception technique des droits de l'homme qui demeure aujourd'hui encore vivace. Elle se double néanmoins, depuis les années 1970, d'une conception plus philosophico politique qui s'attache à déterminer la portée des droits et libertés, non plus en fonction de leur

reconnaissance par le droit positif, mais au regard de leurs qualités substantielles. Souvent préférée pour sa capacité à assurer la garantie des droits de l'homme, cette seconde conception n'en pose pas moins un certain nombre de difficultés.

In France, the guarantee of human rights is based on several constitutional references. Human rights provisions being not considered as specific or precise enough, their normativity was long doubted. Legislative intervention was therefore necessary for those provisions to apply. This led to a technical conception of human rights which is still alive today. But, since the 1970's, a more philosophical or political conception of human rights reappeared in France. It considers that the scope of human rights does not depend on recognition by positive law, but is based on their "fundamental nature" ie. on some internal or substantial qualities. Even if it is often preferred to the previous one, this second approach remains problematic.

INDEX

Keywords : Constitutional Law, Public Liberties, Precision, Normativity, Legal guaranties

Mots-clés : Droit constitutionnel, Libertés publiques, Préambule, DDHC, Précision / imprécision, Normativité, Garanties légales

AUTEUR

CÉCILE BARGUES

Professeure de droit public à l'Université Paris Ouest Nanterre, Cécile Bargues est ancienne élève de l'Ecole Normale Supérieure de la rue d'Ulm. Ses travaux portent essentiellement sur l'histoire constitutionnelle et le droit constitutionnel comparé. Elle a notamment publié « Immunités parlementaires et régime représentatif. L'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, États-Unis) », à la L.G.D.J. en 2011.