

# UNE RECODIFICATION DES DROITS FONDAMENTAUX POUR UN NOUVEAU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ ?

Carolina CERDA-GUZMAN, Allocataire de recherches, Université Montesquieu Bordeaux IV, C.E.R.C.C.L.E.

– G.R.E.C.C.A.P.

Le serpent de mer est enfin mort ! Le 21 juillet dernier et par une seule voix d'écart, le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* – un des sujets les plus rebattus en droit constitutionnel français ces dernières années – a été institué par le pouvoir constituant dérivé<sup>1</sup>. Ainsi pour son cinquantième anniversaire, la Constitution de la Vème République s'est vue offrir un des cadeaux les plus convoités et désirés par les constitutionnalistes français<sup>2</sup> : l'exception d'inconstitutionnalité ou plus exactement le renvoi préjudiciel d'inconstitutionnalité<sup>3</sup>.

Il est vrai que cette réforme arrive à point nommé. Si la célébration des cinquante ans de la Constitution doit être une occasion de valorisation des qualités du texte, cette commémoration ne doit pas constituer une concession au triomphalisme<sup>4</sup>. Certes, la Constitution de 1958 a permis d'établir un régime stable et durable, toutefois, certains aspects de ce texte, et notamment ceux concernant la protection juridictionnelle des droits fondamentaux, faisaient l'objet de critiques de plus en plus vives. L'instauration d'un nouveau type de contrôle de constitutionnalité des lois permet à la France de renforcer la cohérence de son système juridique et, certains diront même, de combler un « retard »<sup>5</sup> au regard de ses voisins européens, lesquels avaient déjà admis que « la plus grande innovation du constitutionnalisme

---

<sup>1</sup> Le nouvel article 61-1 de la Constitution est ainsi rédigé : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »

<sup>2</sup> Par exemple : Michel FROMONT, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris, 2001, p. 175

<sup>3</sup> Thierry RENOUX, « L'exception telle est la question », *R.F.D.C.*, 1990, n° 4, p. 651

<sup>4</sup> Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, « El sistema de los derechos fundamentales », in *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, (coord.) Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ et Miguel Angel RAMIRO AVILÉS, éd. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 368

<sup>5</sup> Guillaume BACOT, « La déclaration de 1789 et la Constitution de 1958 », *R.D.P.*, mai-juin 1989, n° 3, p. 687

européen moderne (...) résidait (...) dans la redécouverte que cette dernière contenait des normes directement invocables par les citoyens »<sup>6</sup>.

Néanmoins, même si cette réforme était attendue depuis de nombreuses années, l'attrait de la nouveauté ne doit pas conduire à un optimisme démesuré.

En effet, par cette réforme, le Conseil constitutionnel pourra désormais être saisi *a posteriori* d'une question de constitutionnalité d'une loi mais uniquement sur le fondement d'une atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit aux citoyens<sup>7</sup>. Or, force est de constater qu'il est difficile d'identifier clairement quels sont ces droits et libertés invocables directement par le justiciable puisque la Constitution française est un texte hétérogène, disparate et aux contours de plus en plus incertains<sup>8</sup>. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux qualifient même ce texte de « Constitution patchwork »<sup>9</sup>. De fait, les droits et libertés qui pourront être invoqués sont disséminés au sein du texte constitutionnel, aussi bien dans le Préambule que dans le corps même de la Constitution<sup>10</sup>, mais également au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, lequel à travers, notamment, la notion de Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République (P.F.R.L.R.) a identifié d'autres droits potentiellement invocables.

En outre, les droits fondamentaux, tels que proclamés en France, se caractérisent par leur haut degré d'abstraction<sup>11</sup> et de généralité, puisqu'à l'origine les renvois insérés dans le Préambule avaient davantage pour but de légitimer le nouvel ordre juridique instauré par la Constitution de 1958 que de reconnaître des droits directement invocables par les justiciables.

---

<sup>6</sup> Luis María DIEZ-PICAZO, « ¿ Una constitución sin declaración de derechos ? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea) », *Revista Española de Derecho Constitucional*, mai-août 1991, n° 32, p. 154

<sup>7</sup> Cette limitation au droit constitutionnel substantiel a été critiquée par Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « Du déni de justice constitutionnelle en droit public français », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, p. 285

<sup>8</sup> Bernard CHANTEBOUT, « A propos de l'ineffectivité de la Constitution sous la Ve République », *Politèia*, 2003, n° 4, p. 35 ; Guillaume BACOT, *art. précité*, p. 688 ; Marie-Claire PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge*, Economica, Coll. Droit public positif, Paris, 1994, p. 32 ; Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, « Les normes de références extra constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, Paris, 2005, p. 155

<sup>9</sup> Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *ibidem*, p. 161

<sup>10</sup> Il est à souligner que lors de la révision constitutionnelle du 21 juillet 2008 de nouveaux principes ont été ajoutés au corps même de la Constitution dont l'invocabilité directe par les justiciables soulève quelques interrogations.

<sup>11</sup> Benoît JEANNEAU, « « Juridicisation » et actualisation de la Déclaration des droits de 1789 », *R.D.P.*, mai-juin 1989, n° 3, p. 635

Le manque de cohérence et d'organisation du texte constitutionnel a été dénoncé par de nombreux auteurs<sup>12</sup> car cet état de fait induit une faille dans l'adéquation entre texte constitutionnel, normes de valeurs constitutionnelles et normes de contrôle<sup>13</sup> et soulève des interrogations quant à l'efficacité de la mise en place de l'exception d'inconstitutionnalité en France. En effet, dans les pays voisins ayant institué, depuis longue date, ce type de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, les justiciables disposent d'une codification précise et d'une énumération parfois très détaillée<sup>14</sup> des droits fondamentaux garantis par la Constitution, comme c'est le cas notamment en Allemagne, en Italie et en Espagne<sup>15</sup>. De fait, dans ces pays, ce catalogue a été rédigé dans l'optique même d'un contrôle approfondi de constitutionnalité des lois, contrairement à la France<sup>16</sup>. L'un est indissociable de l'autre. Il n'existe pas ce décalage entre rédaction du texte constitutionnel, instauration de modalités de contrôle de constitutionnalité des lois et affirmation de la portée juridique du texte constitutionnel dans son intégralité. La France a importé un nouveau type de contrôle sans posséder les outils nécessaires à son bon fonctionnement.

La question qui se pose alors aujourd'hui n'est plus celle de la valeur juridique du Préambule de 1958<sup>17</sup> mais bien celle de son applicabilité et de son adaptabilité dans le cadre de ce nouveau type de contrôle de constitutionnalité de la loi : la rédaction d'un catalogue précis de droits fondamentaux ne devrait-elle pas aller de pair avec une réforme des modalités de protection juridictionnelle des droits fondamentaux ?

Si nous verrons tout d'abord que l'hétérogénéité du texte constitutionnel ainsi que le caractère abstrait des droits fondamentaux peuvent fortement venir freiner l'essor de ce nouveau type de contrôle, du fait même des nouveaux rapports qu'il génère entre les juges (I), la

---

<sup>12</sup> Jean RIVERO, « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *R.I.D.C.*, janvier-mars 1977, p. 21 ; Roger-Gérard SCHWARTZENBERG, « La France sans Constitution », in *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 1999, p. 259-262 ; Didier MAUS, « La notion de Constitution sous la Ve République », in *1789 et l'invention de la Constitution. Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de Science politique : 2, 3 et 4 mars 1989*, (dir.) Michel TROPER et Lucien JAUME, Bruylant, L.G.D.J., Coll. La pensée juridique moderne, Paris, 1994, p. 248

<sup>13</sup> Agnès ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, 2007

<sup>14</sup> Peut être dans certains cas trop détaillé. Cf. Portugal

<sup>15</sup> Constance GREWE et Hélène RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, P.U.F., Coll. Droit politique et théorique, Paris, 1995, p. 152

<sup>16</sup> Marie-Claire PONTTHOREAU, *op. cit.*, p. 32

<sup>17</sup> La question de la valeur juridique de la Déclaration de 1789 a été qualifiée de « pont-aux-ânes historiques du Droit public français » par Jean-Pierre DUBOIS, « Déclaration des droits et dispositions fondamentales », in *1791, la première Constitution française. Actes du colloque de Dijon. 26 et 27 septembre 1991*, Economica, Coll. Droit public positif, Paris, 1993, p. 49

recodification des droits fondamentaux en un texte précis et clair, si souhaitable soit-elle, est elle-même potentiellement génératrice de confusion et devra donc être réalisée avec la plus grande des précautions (II).

## I. UN CATALOGUE DE DROITS FONDAMENTAUX INADAPTÉ A L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ

La Constitution de 1958 est une des rares constitutions « récentes » à ne pas avoir trop subi l'influence des constitutions étrangères<sup>18</sup>. Cependant, les multiples révisions dont elle fait l'objet tendent à introduire en son sein des objets juridiques d'origine étrangère qui modifient sensiblement l'équilibre interne du texte ainsi que la répartition des fonctions entre les différents pouvoirs constitués. A cet égard, l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité modifiera, de manière sensible, la nature des relations entre les juges (A) et risquera de générer des tensions entre eux du fait de l'imprécision même du texte constitutionnel (B).

### **A) L'exception d'inconstitutionnalité : un contrôle instaurant de nouveaux rapports entre les juges constitutionnels, administratifs et judiciaires**

Jusqu'alors, la France avait principalement construit son système de contrôle de constitutionnalité des lois sur une seule procédure : un contrôle *a priori* et abstrait sur saisine d'autorités politiques. Cette procédure, minoritaire en Europe, a pour avantage d'assurer une meilleure sécurité juridique et une meilleure stabilité de l'interprétation du texte constitutionnel, puisque dans un tel cadre, les lois sont contrôlées avant leur entrée en vigueur et ce contrôle est quasi-exclusivement réservé au Conseil constitutionnel. En outre, la saisine très fermée permet de limiter le nombre des contrôles et donc d'assurer la cohérence de la jurisprudence du juge constitutionnel.

La révision constitutionnelle du 21 juillet 2008 vient compléter ce système par l'instauration de la procédure du renvoi préjudiciel, laquelle permet au Conseil constitutionnel de contrôler la constitutionnalité de la loi après son entrée en vigueur dans l'ordre juridique. Cette procédure tranche nettement avec la procédure précédente du fait de sa complexité<sup>19</sup>,

---

<sup>18</sup> Pierre BON, « La Constitution espagnole dans le constitutionnalisme contemporain », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff. La Constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris, 2005, p. 74

<sup>19</sup> Marie-Claire PONTHEAU, *op. cit.*, p. 58

puisqu'elle implique, tout d'abord, une étroite collaboration entre les deux juridictions suprêmes des deux ordres, mais aussi et surtout entre ces deux cours et le Conseil constitutionnel<sup>20</sup>. De fait, la technique du renvoi préjudiciel tend à multiplier les acteurs en charge du contrôle de constitutionnalité et à faire perdre, en partie, au Conseil constitutionnel son monopole de l'interprétation de la Constitution. Par conséquent, cette réforme peut induire de forts risques de dysfonctionnement, tel que l'avait souligné Louis Favoreu<sup>21</sup>.

En effet, dans le cadre actuel, et sous réserve de la loi organique en charge de préciser les modalités d'application de ce contrôle, il semblerait que trois principales étapes dessineront les contours de cette procédure.

Tout d'abord, l'étape du litige devant le juge du fond. Celui-ci devra semble-t-il examiner sommairement la recevabilité de la demande de renvoi préjudiciel. Par conséquent, ce juge sera alors en mesure d'analyser le catalogue des droits fondamentaux afin de savoir s'il existe un doute quant à la constitutionnalité de la loi au regard des droits et libertés garantis par la Constitution.

Ensuite, les deux juridictions suprêmes des deux ordres devront à leur tour examiner la recevabilité de cette demande de renvoi préjudiciel. Même si pour l'instant on ignore si les deux juridictions suprêmes devront renvoyer la question au Conseil constitutionnel sur la base d'une inconstitutionnalité flagrante ou sur la base d'un simple doute<sup>22</sup>, en tous les cas, les deux juridictions devront opérer ce que certains appellent un « pré-contrôle » de constitutionnalité de la loi<sup>23</sup>, puisqu'elles devront à leur tour définir les contours des droits fondamentaux invoqués et donc interpréter le texte constitutionnel. La mise en place de ce filtre se justifie par des questions d'engorgement du Conseil constitutionnel. Néanmoins, il a en germe des risques de divergences d'interprétation entre les deux juridictions suprêmes, puisqu'il est possible que l'une des deux cours développe une jurisprudence plus large ou plus souple concernant la recevabilité de ces requêtes, pouvant ainsi engendrer une concurrence nocive entre les deux ordres de juridiction.

---

<sup>20</sup> Marie-Claire PONTTHOREAU, *op. cit.*, p. 64-68

<sup>21</sup> Louis FAVOREU, « L'exception d'inconstitutionnalité » est-elle indispensable en France ? », *A.I.J.C.*, 1992, p. 12

<sup>22</sup> Valérie BERNAUD et Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? Réflexions autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposés par le Comité Balladur », *R.F.D.C.*, n° hors-série, 2008, p. 178 ; Constance GREWE et Hélène RUIZ FABRI, *op. cit.*, p. 82

<sup>23</sup> Xavier PHILIPPE, « Les propositions d'amélioration de la protection des droits fondamentaux », *R.F.D.C.*, 2008, n° hors-série, p. 214

Enfin, la dernière étape réside dans le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel lui-même. S'il demeurera le seul à être en mesure de déclarer l'inconstitutionnalité d'une loi, sa jurisprudence devra être la plus limpide possible afin d'éclairer le sens qu'il donne aux droits et libertés garantis par le texte constitutionnel.

La superposition de ces trois étapes pourrait donc générer un grand risque de divergence d'opinion, si se formait une lutte de pouvoir<sup>24</sup> entre les différents acteurs afin d'imposer leur propre conception des droits fondamentaux. Ce risque est d'autant plus accru que cette procédure, instaurant une saisine ouverte, va conduire à une multiplication des recours et donc à une multiplication des interprétations. Le danger n'est donc pas à minimiser dans la mesure où ces divergences d'opinion se sont déjà présentées dans d'autres pays voisins, notamment en Italie<sup>25</sup>. Ainsi, si cette nouvelle procédure de contrôle de constitutionnalité de la loi permet d'améliorer le respect de la hiérarchie des normes, elle crée des difficultés au niveau de l'harmonisation des interprétations.

### **B) L'actuel catalogue des droits fondamentaux : un texte imprécis pouvant freiner l'essor du nouveau contrôle de constitutionnalité**

La réussite de la procédure semble donc reposer sur une coopération effective entre les acteurs, mais cette coopération risque d'être difficile à obtenir en France compte tenu de l'absence de précision juridique dans la rédaction des droits fondamentaux.

Comme l'a démontré Jean Rivero, « la difficulté à laquelle se heurte un contrôle de constitutionnalité vraiment efficace réside peut être moins dans ses instruments que dans sa base : les dispositions dont il doit assurer le respect »<sup>26</sup>. Inévitablement, la rigueur et la qualité de l'interprétation sont liées à la nature et à la présentation du texte<sup>27</sup>. Le problème étant que dans le cas français, le texte mis à la disposition des juges n'est pas en mesure d'apporter toutes les précisions nécessaires à son application juridique concrète<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Valérie BERNAUD et Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, *art. précité*, p. 193

<sup>25</sup> Louis FAVOREU, *art. précité*, p. 18

<sup>26</sup> Jean RIVERO, « Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *Dalloz*, chronique, 1972, p. 268

<sup>27</sup> Pour Marie-Claire PONTTHOREAU « il existe des dispositions qui offrent plus de possibilités interprétatives et justificatives que d'autres » : Marie-Claire PONTTHOREAU, *op. cit.*, p. 21

<sup>28</sup> *Ibidem.*, p. 34

Effectivement, les principaux textes énumérant les droits fondamentaux, comme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement de 2004, se caractérisent par leur abstraction et leur aspect essentiellement déclaratoire. D'ailleurs, Benoît Jeanneau estimait que cette abstraction constituait le « vice congénital »<sup>29</sup> de la Déclaration des droits de l'homme. De même, le Préambule de 1946 a fait l'objet de nombreux débats concernant sa normativité<sup>30</sup>. S'il est vrai qu'aujourd'hui chacun s'accorde à affirmer la valeur constitutionnelle de ces textes ainsi que leur aspect normatif, la question de leur applicabilité pose davantage problème, puisque comme l'a démontré Fabrice Melleray, applicabilité directe et degré de précision d'un droit constitutionnel sont étroitement liés<sup>31</sup>. Etant donné que la marge d'appréciation de la précision d'un droit peut apparaître comme étant relativement discrétionnaire, certains juges pourront estimer qu'un droit est suffisamment précis pour pouvoir être invoqué, contrairement à d'autres. De fait, Fabrice Melleray remarque que le Conseil constitutionnel admet de manière beaucoup plus large l'applicabilité directe de certaines normes constitutionnelles en comparaison avec le Conseil d'État ou la Cour de cassation, comme c'est le cas par exemple du quatrième alinéa du Préambule de 1946 traitant du droit d'asile<sup>32</sup>.

En outre, la nouvelle procédure modifiera nettement la tâche du Conseil constitutionnel, lequel ne se limitera plus à un contrôle abstrait mais examinera la loi dans ses plus infimes implications pratiques et concrètes<sup>33</sup>. Il sera confronté à des questions de plus en plus précises, allant même jusqu'à la « micro-constitutionnalité »<sup>34</sup>. Or le manque de précision juridique du texte risque de gêner son contrôle<sup>35</sup>. De ce fait, sa prise de décision déjà très ardue<sup>36</sup>, en sera d'autant plus obscurcie.

---

<sup>29</sup> Benoît JEANNEAU, *art. précité*, p. 639

<sup>30</sup> Paul-Henri ANTONMATTEI, « Le Préambule de 1946 et la Cour de cassation », *Revue administrative*, mai-juin 1997, n° 297, p. 290-292 ; Michel CLAPIÉ, « Le Conseil d'État et le Préambule de la Constitution de 1946 », *Revue administrative*, mai-juin 1997, n° 297, p. 280

<sup>31</sup> Fabrice MELLERAY, « De quelques distinctions à opérer à propos de la notion d'applicabilité directe des normes constitutionnelles », in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic. Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 192

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 191

<sup>33</sup> Luis AGUIAR DE LUQUE, « Le contrôle de constitutionnalité des normes dans le « modèle européen de justice constitutionnelle » », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff. La Constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris, 2005, p. 12

<sup>34</sup> Marie-Claire PONTTHOREAU, *op. cit.*, p. 61

<sup>35</sup> Guillaume BACOT, *art. précité*, p. 687 ; Jacques ROBERT, « La protection des libertés publiques par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État. Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, L.G.D.J., Montchrestien, Paris, 1988, p. 425

<sup>36</sup> Robert BADINTER a ainsi affirmé que : « la prise de décision est une opération très complexe dans le contrôle de constitutionnalité. Il faut rechercher un équilibre très difficile entre ce qui est l'objet même de la décision et

Le caractère abstrait des droits énoncés dans la Constitution française peut également conduire à des divergences sur la reconnaissance de nouveaux droits. En effet, les textes repris par la Constitution de 1958 n'ayant pas été rédigés pour être directement appliqués aux citoyens et encore moins pour fonder un contrôle de constitutionnalité des lois, ils contiennent un certain nombre de « lacunes »<sup>37</sup> et justifient une actualisation du texte de la part du juge, et notamment du juge constitutionnel<sup>38</sup>. Mais chacun sait qu'il arrive que les autres juges reconnaissent eux-mêmes d'autres droits. Ainsi le juge administratif ou le juge judiciaire reconnaissent des droits non formellement inscrits dans le texte même de la Constitution, comme par exemple, concernant le Conseil d'État, le P.F.R.L.R. selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique<sup>39</sup>, ou pour la Cour de cassation, la liberté du travail<sup>40</sup>.

Force est de constater que l'absence de réelle codification des droits fondamentaux en France risque de fortement compliquer la tâche des juges. Un contrôle concret de la constitutionnalité de la loi semble exiger un texte précis et accessible, comme c'est le cas dans les pays voisins. Nonobstant, malgré l'utilité d'une telle recodification, une démarche d'une telle ampleur doit être envisagée avec une grande précaution.

## II. UNE RECODIFICATION DU CATALOGUE DES DROITS FONDAMENTAUX SOUHAITABLE MAIS RISQUÉE

L'intelligibilité du droit ainsi que l'efficacité de la procédure d'exception d'inconstitutionnalité impliquent un impérieux besoin de réorganisation du texte constitutionnel, et plus particulièrement concernant ses droits fondamentaux. Néanmoins, une telle évolution, aussi nécessaire soit-elle, soulève de nombreuses craintes, à tel point que sa réalisation semble, malheureusement, remise en cause.

---

les conséquences éventuelles de celle-ci sur l'activité du Parlement», cité par Jean MARCOU, *Justice constitutionnelle et systèmes politiques. Etats-Unis, Europe, France*, P.U.G., Grenoble, 1997, p. 133

<sup>37</sup> Marie-Claire PONTTHOREAU, *op. cit.*, p. 31 ; mais il est à noter que l'existence même de « lacunes » dans le texte constitutionnel a été réfutée par Georges VEDEL. Cf. Georges VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : colloque des 25 et 26 mai 1989 du Conseil constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1989, p. 51-52

<sup>38</sup> Benoît JEANNEAU, *art. précité*, p. 635-663

<sup>39</sup> Conseil d'État, Ass., 3 juillet 1996, *Moussa Koné*, Rec. 255 ; Christophe DE LA MARDIERE, « Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789 », *R.F.D.C.*, 1999, n° 38, p. 227

<sup>40</sup> Valérie BERNAUD et Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, *art. précité*, p. 194

## A) L'utilité pratique d'une recodification des droits fondamentaux

Nombreux sont les auteurs ayant plaidé en faveur de la rédaction d'une « nouvelle table de la loi », en mettant particulièrement l'accent sur la recodification des droits fondamentaux. Parmi eux, Jean Rivero<sup>41</sup> a défendu l'idée d'un catalogue des droits faisant la synthèse de l'histoire de France. Avant lui, Hauriou avait aussi mis l'accent sur l'existence d'une véritable « Constitution sociale »<sup>42</sup> au sein du texte constitutionnel.

Un tel travail de codification devrait permettre de modifier le catalogue actuel aussi bien au niveau qualitatif que quantitatif. L'aspect qualitatif<sup>43</sup> vise, dans le cas présent, à reprendre en un seul texte tous les principes, droits et libertés reconnus jusqu'ici à l'égard des justiciables. L'accent sera donc mis à la fois sur la codification des règles jurisprudentielles et des principes pouvant venir limiter l'application des droits fondamentaux, ainsi que sur la réécriture de ces droits et libertés de manière plus précise, laissant moins de place à la loi.

Si de nombreux auteurs s'accordent sur l'aspect qualitatif de la recodification, l'aspect quantitatif apparaît davantage problématique, puisque la question de savoir si de nouveaux droits doivent être ajoutés à ceux déjà existants divise la doctrine. Si certains plaident pour la reconnaissance de nouveaux droits, tels que la liberté de réunion, ou la liberté du commerce et de l'industrie<sup>44</sup>, d'autres soulignent la vanité d'une telle démarche puisque, par essence, le caractère complet d'un catalogue des droits ne sera jamais atteint<sup>45</sup>, laissant cette tâche au juge constitutionnel.

L'actuel pouvoir en place semble avoir tranché en faveur des premiers, la création du Comité Veil en étant la preuve éclatante, étant donné que ce comité a pour mission première de « s'interroger sur l'opportunité d'inscrire un certain nombre de droits et principes fondamentaux nouveaux dans le Préambule de notre Constitution »<sup>46</sup>. En attendant du rapport du Comité, initialement prévu pour le 30 juin 2008, il apparaît nécessaire de continuer à plaider en faveur d'une amélioration qualitative et non pas seulement quantitative du catalogue des droits fondamentaux.

---

<sup>41</sup> Jean RIVERO, « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *art. précité*, p. 21

<sup>42</sup> Maurice HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1929, 2<sup>ème</sup> éd., p. 627

<sup>43</sup> A l'image du catalogue allemand de droits fondamentaux. Cf. Philippe BLACHER, *Droit constitutionnel*, Hachette Supérieur, Paris, 2005, p. 74

<sup>44</sup> Jean RIVERO, *Ibidem*, p. 14

<sup>45</sup> Marie-Claire PONTTHOREAU, *op. cit.*, p. 52

<sup>46</sup> Lettre du 9 avril 2008 du Président de la République accompagnant le décret de création du Comité Veil de réflexion sur le Préambule de la Constitution, décret n° 2008-328, *J.O.* 10 avril 2008, p. 6033

Car, quels sont les réels avantages à tirer d'une recodification en profondeur des droits et libertés fondamentaux ?

Au premier chef, et comme il a déjà été dit, cette recodification permettra d'améliorer sensiblement la lisibilité du droit<sup>47</sup>. Cet aspect est d'autant plus important que dorénavant ce sont les justiciables qui seront à l'origine du contrôle de constitutionnalité de la loi. Par conséquent, il apparaît indispensable de posséder un texte unique permettant aux requérants de connaître de manière précise les droits et libertés garantis par la Constitution.

Le second avantage d'une telle recodification réside dans la création d'un véritable système de droits fondamentaux. Antonio-Enrique Pérez Luño<sup>48</sup> insiste particulièrement sur l'aspect systématique des droits fondamentaux afin de développer une jurisprudence constitutionnelle de plus en plus riche et structurée<sup>49</sup>. Or l'aspect systématique ne peut s'acquérir qu'en rédigeant un véritable code des droits fondamentaux, qui constituerait une source de droit dans le sens créatif du terme et non pas seulement dans son sens cognitif<sup>50</sup>. Cet aspect systématique facilite l'œuvre d'interprétation du juge constitutionnel en lui permettant de travailler sur un texte aux contours stables et sur lequel il pourra fonder de manière plus transparente son pouvoir créateur<sup>51</sup>, indispensable pour légitimer sa position et son pouvoir de sanction de la loi. Il n'est donc pas ici question de créer un nouveau texte visant à limiter le pouvoir d'interprétation du juge mais bien de rédiger un texte facilitant et légitimant sa tâche d'interprétation.

En outre, la rédaction d'un nouveau texte permettra de repositionner le Conseil constitutionnel au centre du monopole d'interprétation du texte constitutionnel. En effet, une recodification des droits fondamentaux permettrait de développer une nouvelle jurisprudence en collaboration avec les juges, détachés des textes sur lesquels ils avaient déjà leur propre interprétation.

Enfin, la codification peut aussi être l'occasion de redéfinir les principes propres à la France. Il est aujourd'hui énormément question de « l'identité constitutionnelle » ou de « l'identité

---

<sup>47</sup> Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *art. précité*, p. 160

<sup>48</sup> Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *art. précité*, p. 379

<sup>49</sup> Ce que demandait avec insistance Louis FAVOREU, *art. précité*, p. 11

<sup>50</sup> Bartolomé CLAVERO, « Código como fuente de derecho y achiue de constitución en Europa », *Revista española de derecho constitucional*, septembre-décembre 2000, p. 11-43

<sup>51</sup> Lequel, en France, n'est pas encore totalement assumé. Cf. Marie-Claire PONTTHOREAU, *op. cit.*, p. 25

républicaine » française, mais le contenu de telles notions porte à discussion. Or la codification du droit a toujours été l'occasion d'identifier les principes et les normes fondamentales d'un ensemble juridique, ainsi une telle œuvre pourrait aider à définir ces notions encore trop floues.

Dans la même perspective, une recodification des droits fondamentaux permettrait de laisser moins de place aux normes et aux interprétations internationales<sup>52</sup> et d'instaurer un « réflexe constitutionnel »<sup>53</sup>. En effet, la rédaction d'un vrai catalogue des droits permettrait de faire en sorte que les droits fondamentaux constitutionnels regagnent la préférence des juges<sup>54</sup> et des justiciables, aujourd'hui délaissés au profit des droits fondamentaux reconnus par les instances supra-nationales<sup>55</sup>.

Sur la base de tels arguments, il apparaît plus que nécessaire que la France s'inscrive dans une démarche de recodification des droits fondamentaux, et ceci à l'image de ses nombreux voisins européens. La majorité ont entrepris cette démarche au moment de la rédaction de leur texte constitutionnel mais d'autres ont effectué ce travail alors que leur constitution était toujours en vigueur, comme par exemple en Belgique<sup>56</sup>, en Suède, en Suisse ou aux Pays-Bas<sup>57</sup>. Il est à souligner qu'y compris dans des pays réfractaires à une telle démarche, comme c'est le cas en Grande-Bretagne<sup>58</sup>, la question de la codification des droits soulève de moins en moins d'opposition nette et tranchée.

La nécessité et l'utilité d'une recodification n'est donc plus à démontrer. Toutefois, cette question pose toujours problème en France. De fait, dans les années 70, il avait été question d'entreprendre une codification des libertés<sup>59</sup> mais celle-ci avait rapidement échoué. Il semblerait donc que malgré ses avantages pratiques, la recodification ne soit pas envisageable à court terme.

---

<sup>52</sup> Constance GREWE et Hélène RUIZ FABRI, *op. cit.*, p. 149

<sup>53</sup> Louis FAVOREU, *art. précité*, p. 21

<sup>54</sup> Cf. la faible utilisation de l'argument constitutionnel devant la Cour de cassation, Yves CAPRON, « La force de l'argument constitutionnel devant la Cour de cassation », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Colloque de Rennes (20 et 21 septembre 1996)*, (dir.) Guillaume DRAGO, Bastien FRANCOIS et Nicolas MOLFESSIS, Economica, Paris, 1999, p. 175-180

<sup>55</sup> Valérie BERNAUD et Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, *art. précité*, p. 188

<sup>56</sup> Francis DELPÉRIÉ, « La révision de la Constitution et la codification », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, p. 137-139

<sup>57</sup> Constance GREWE et Hélène RUIZ FABRI, *ibidem*, p. 144

<sup>58</sup> Sonia DUBOURG-LAVROFF, « Pour une constitutionnalisation des droits et libertés en Grande-Bretagne ? », *R.F.D.C.*, 1993, n° 15, p. 479-498

<sup>59</sup> Jean MORANGE, « Vers une codification des libertés en France ? », *R.D.P.*, mars-avril 1977, n°2, p. 259-281 ; Jean RIVERO, « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *art. précité*, p. 16-17

## **B) Les droits fondamentaux : des droits à codifier d'une main tremblante ?**

Nombreux sont les obstacles qui se dressent à l'encontre d'une telle recodification, envisagée peut être comme une œuvre trop révolutionnaire, « trop audacieuse »<sup>60</sup>. Ces obstacles proviennent aussi bien des risques théoriques liés à la codification d'une telle matière qu'à la particularité des textes à codifier.

L'œuvre de codification est loin d'être un acte anodin. Lors d'une telle opération visant à modifier la forme d'un texte, le sens des mots en est transformé<sup>61</sup>. Par conséquent, la précaution doit régner afin de ne pas ajouter de la complexité à la complexité. Mais, à cette difficulté, s'ajoute celle liée à la particularité de la matière. Les droits fondamentaux sont un domaine juridique où chaque mot a des incidences importantes et engendre des conséquences juridiques fortes. De fait, la rédaction des préambules et des déclarations est des plus ardues et n'est entreprise, dans la plupart des cas, que suite à une crise grave ou une révolution<sup>62</sup>. Cette difficulté explique pourquoi les révisions dans ce domaine ont été généralement peu probantes<sup>63</sup>, comme l'illustre le semi-échec de la Charte de l'environnement. Il semblerait donc qu'une telle recodification constitue pour beaucoup « une tâche impossible »<sup>64</sup>.

De plus, cette tâche est ici d'autant moins facilitée du fait de la nature même des textes à codifier. En effet, ceux-ci ont acquis, aux yeux de la plupart des juristes, un caractère sacré<sup>65</sup>, et tout particulièrement concernant la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette dernière paraît quasiment intouchable<sup>66</sup> car probablement en elle réside l'essence même de « l'identité constitutionnelle » française. De plus, se pose la question théorique de la possibilité de codifier la matière constitutionnelle elle-même.

---

<sup>60</sup> Xavier PHILIPPE, *art. précité*, p. 211

<sup>61</sup> Voir les conséquences induites par l'opération de « coordination » menée en Belgique. Cf. Anne-Emmanuelle BOURGAUX, « La coordination de la Constitution de 1994 : opération de chirurgie esthétique ou opération à cœur ouvert ? », *Revue de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, 2003, n° 2, p. 53-70

<sup>62</sup> Jean MORANGE, « Vers une codification des libertés en France ? », *art. précité*, p. 259

<sup>63</sup> Marie-Claire PONTHEAU, *op. cit.*, p. 44

<sup>64</sup> Henri OBERDORFF, « A propos de l'actualité juridique de la Déclaration de 1789 », *R.D.P.*, mai-juin 1989, n° 3, p. 681

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 665

<sup>66</sup> Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *art. précité*, p. 160

Bien plus encore, le fait de procéder à une codification précise et subjective des droits fondamentaux, reviendrait en partie à renier la tradition de déclaration existant en France, puisque celle-ci a pratiquement toujours procédé à l'adjonction de Déclarations à ses textes constitutionnels. Mais l'argument de la tradition n'avait-il pas déjà été soulevé à l'encontre de l'instauration du contrôle de constitutionnalité ?

En tous les cas, pour la majorité des auteurs, un tel remodelage est perçu comme impossible ou tout du moins comme très perturbateur et dangereux. Il est vrai que la question de la recodification en profondeur des droits fondamentaux n'a été envisagée ni par le Président de la République ni par le Comité Balladur ni par la lettre de mission du Comité Veil<sup>67</sup>.

Par ailleurs, la recherche de définition précise et subjective des droits fondamentaux apparaît, sous certains aspects, vaine. En effet, il convient de ne pas idéaliser les exemples étrangers précités, car y compris dans les pays dotés d'un catalogue précis des droits fondamentaux, comme en Espagne par exemple, il existe des normes, des principes, des droits et libertés formulés de manière floue et abstraite<sup>68</sup>. Les droits fondamentaux se veulent les plus généraux possibles, par conséquent la précision totale ne pourra jamais être atteinte.

Peut-être, alors, ce remodelage des droits fondamentaux serait une tâche inutile<sup>69</sup>. Ne faudrait-il pas mieux ne rien toucher ?

La pérennité de la Déclaration de 1789 du fait de sa souplesse<sup>70</sup> laisse à penser qu'elle résistera à son application concrète. Pour de nombreux auteurs et juges<sup>71</sup>, l'imprécision du texte ne serait pas un obstacle à son application. Il faudrait faire confiance à la culture démocratique constitutionnelle française<sup>72</sup> ainsi qu'à la sagesse des juges, et tout particulièrement à celle du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Il est possible que dans ce désordre formel, les acteurs juridiques et politiques parviennent à faire renaître un jardin à la française. En effet, Jean Rivero lui-même se

---

<sup>67</sup> Dans la lettre accompagnant le décret de création du Comité, le Président de la République indique bien qu'« il ne saurait être question de modifier ou d'affaiblir ces textes [ceux du Préambule], qui sont de portée universelle ».

<sup>68</sup> Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *art. précité*, p. 370

<sup>69</sup> Xavier PHILIPPE, *art. précité*, p. 210

<sup>70</sup> Christophe DE LA MARDIERE, *art. précité*, p. 241 ; Jean-Pierre DUBOIS, *art. précité*, p. 49 ; Jean MORANGE, « L'élaboration de la Déclaration de 1789 », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, Paris, 1990, p. 70

<sup>71</sup> Robert BADINTER a ainsi déclaré que « c'est une idée erronée de croire que le juge ne peut appliquer qu'une norme extrêmement précise », cité par Jean MARCOU, *op. cit.*, p. 153 ; position confirmée par Georges VEDEL, *art. précité*, p. 54-55

<sup>72</sup> Luis AGUIAR DE LUQUE, *art. précité*, p. 10

résignait à penser que, peut-être, les textes et la perfection technique n'étaient pas nécessaires ou indispensables à la protection efficace des droits<sup>73</sup>.

Certes, la France est toujours parvenue à ne rien faire comme les autres États<sup>74</sup>, donc peut-être parviendra-t-elle à rendre concret ce qui est abstrait, à rendre individuel ce qui est général, cependant, comme l'a souligné Michel Fromont, l'argument de l'« exception française » dissimule bien souvent un retard pris par la France<sup>75</sup>. Les risques d'échecs de la réforme du fait de l'absence de codification du texte constitutionnel sont réels, et il serait très dommageable que cette nouvelle réforme du contrôle de constitutionnalité des lois si attendue en pâtisse. L'enjeu est tel qu'il semblait nécessaire de soulever avec insistance cette question de la recodification des droits afin qu'elle ne soit plus rejetée d'un simple revers de main et soit envisagée de manière concrète en cas de tensions lors de la mise en œuvre de cette nouvelle réforme.

---

<sup>73</sup> Jean RIVERO, « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français », *art. précité*, p. 21

<sup>74</sup> Raphaël ROMI, « La Charte de l'environnement, avatar constitutionnel ? », *R.D.P.*, novembre-décembre 2004, n° 6, p. 1487

<sup>75</sup> Michel FROMONT, *art. précité*, p. 167