

L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés (1)

Agnès Roblot-Troizier, Professeur à l'université d'Evry-Val d'Essonne

L'essentiel

La modernisation des institutions opérée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a peu d'impact sur les citoyens. Rares sont les droits nouveaux qui leur sont reconnus. Si néanmoins la révision constitutionnelle instaure de nouvelles modalités de protection des droits et libertés, il est difficile d'en apprécier les retombées dès lors que le constituant est resté particulièrement vague, usant largement du renvoi à la loi organique.

Traiter de l'impact de la révision sur les droits et les libertés, c'est partir du présupposé que la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République a forcément des répercussions sur les droits et les libertés des citoyens. Il y a en effet de quoi le penser lorsque l'on se remémore les discours politiques qui ont précédé l'installation du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions présidé par Edouard Balladur. La lettre de mission du Président de la République adressée au comité le 18 juillet 2007 est à cet égard éloquente : les citoyens « aspirent profondément à une démocratie exemplaire, à une République irréprochable » où « les droits des citoyens seraient renforcés ».

Présenté comme étant au coeur de la réforme constitutionnelle, le citoyen en a été quelque peu évincé. Dans le discours politique, c'est une évidence : la question des droits et des libertés des citoyens n'a pas franchement passionné les foules. Dans la loi constitutionnelle également, la place du citoyen est, sur nombre de points, en retrait par rapport aux propositions présentées par le comité de réflexion.

La révision constitutionnelle avait notamment pour ambition originelle d'accorder « des droits nouveaux pour les citoyens » ; tel est le titre de la troisième partie du rapport rendu par le comité de réflexion. Le rapport évoque plusieurs de ces droits dits « nouveaux », mais les abandonne pour des raisons diverses. Ainsi en est-il du principe de parité entre les hommes et les femmes dont le comité a estimé qu'il était trop récent pour recevoir dès maintenant une consécration constitutionnelle. De même, le comité ne formule aucune proposition tendant à l'introduction du principe de dignité de la personne humaine dans une disposition expresse de la Constitution car il considère que la constitutionnalisation de ce principe est inutile compte tenu des garanties prétorienne dont il bénéficie ; le Préambule de la Constitution de 1946 reste donc, en l'état actuel du droit, le fondement textuel du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation (Cons. const. 27 juill. 1994, n° 94-343 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Rec. Cons. const. 100).

La seule hésitation du comité a porté sur la constitutionnalisation du principe de sécurité juridique : loin d'être inexistant en droit français, ce principe est protégé tant par la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui l'a consacré comme principe général du droit, que par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, sensible à l'exigence de sécurité juridique, sait exploiter l'ensemble des dispositions constitutionnelles existantes pour en assurer une protection jugée « satisfaisante » par le comité. Sans suggérer d'inscrire dans la Constitution le principe de sécurité juridique, dont les implications sont d'ailleurs partiellement

indéterminées, le comité s'est contenté de proposer d'ajouter le principe de non-rétroactivité de la loi à l'article 34 de la Constitution ; le comité admet pourtant que le Conseil constitutionnel a dégagé, sur ce point, des principes clairs qu'il s'agit seulement de consacrer dans le texte de la Constitution. Manifestement, ni l'exécutif, ni les parlementaires n'ont jugé opportun d'introduire une telle disposition dans la Constitution.

Pour le reste, le comité propose de créer des moyens nouveaux, des garanties nouvelles pour faire valoir les droits et libertés constitutionnellement reconnus : ainsi, sans modifier la substance des droits, les conclusions du comité tendent essentiellement à renforcer la protection des droits existants. Cette meilleure protection passe, bien sûr, par l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité, mais également par la création d'autorités nouvelles : le « Défenseur des droits fondamentaux » et le « Conseil du pluralisme ».

Le projet de loi constitutionnelle déposé à l'Assemblée nationale était en retrait par rapport aux propositions du comité : le principe de non-rétroactivité de la loi y est absent, la création du Conseil du pluralisme est abandonnée, la possibilité pour les justiciables de saisir le Conseil supérieur de la magistrature n'est pas reprise, le référendum d'initiative populaire disparaît. Mais les débats parlementaires ont permis d'introduire dans le texte quelques dispositions relatives aux droits et libertés, directement inspirées des réflexions du comité ; leur introduction dans le texte discuté est apparue parfois indispensable pour atteindre le seuil des 3/5e des suffrages exprimés au Congrès. C'est ainsi que la saisine du Conseil supérieur de la magistrature par le justiciable s'insère dans la réorganisation qui frappe ce Conseil et que l'idée d'une participation des électeurs à l'adoption de lois référendaires réapparaît ; de même, est introduite à l'article 34 de la Constitution une référence au pluralisme des médias et au statut des élus locaux, tandis que l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'accès à certaines responsabilités se trouve tout à la fois étendue et symboliquement déplacée à l'article 1er de la Constitution.

Malgré ces apports au texte constitutionnel, le constat demeure. L'impact de la loi constitutionnelle de 2008 sur le *corpus* des droits et libertés constitutionnellement garantis reste très limité : point de droits nouveaux dans cette loi constitutionnelle, ou si peu... Les réflexions sur la reconnaissance de véritables droits nouveaux ont donc été confiées à un autre comité, présidé par Simone Veil.

Si la loi constitutionnelle entend « moderniser » les institutions de la Ve République, s'agissant des droits et libertés, elle n'en modernise pas la substance, tout en cherchant à en moderniser la protection : le texte innove en étendant de manière expresse la compétence du législateur dans le domaine des droits et libertés ; il innove quant aux procédures de protection des droits et libertés ; il innove en créant une autorité administrative de protection des droits.

Mais, si la substance des droits constitutionnellement reconnus n'est que modestement affectée, il ne faut pas pour autant mésestimer l'impact de la révision constitutionnelle sur les citoyens. Nombre de dispositions, bien qu'elles ne concernent pas directement le citoyen ou plus largement l'individu, ont vocation à avoir une influence indirecte sur celui-ci. Ainsi, la nouvelle procédure de nomination aux emplois ou fonctions ayant une « importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation » n'est sans doute pas sans influence sur la garantie des droits et libertés ; cette nouvelle procédure impose au Président de la République de consulter pour avis la commission permanente de chaque assemblée avant certaines nominations. De même, l'instauration à l'article 16 de la Constitution d'un contrôle, par le Conseil constitutionnel, sur les conditions du maintien des pouvoirs exceptionnels du Président de la République n'est pas sans conséquence pour les droits et libertés des individus.

On s'en tiendra ici aux dispositions proprement relatives aux droits et libertés, à l'exception notable de l'ajout d'un article 61-1 à la Constitution relatif à l'exception d'inconstitutionnalité dans la mesure où, dans ce dossier, une étude lui est spécifiquement consacrée.

Or, l'exception d'inconstitutionnalité exclue, il faut bien admettre que l'apport de la loi constitutionnelle aux droits et libertés est faible : on y trouve un ensemble de dispositions

constitutionnelles disparates et hétérogènes qui vont de l'égal accès aux responsabilités professionnelles et sociales, à la création d'une nouvelle autorité de défense des droits, en passant par des références au pluralisme des opinions et à l'indépendance des médias.

Il ressort de la lecture des nouvelles dispositions constitutionnelles une première impression : la révision ne consacre que timidement des droits nouveaux pour les citoyens ; si certaines dispositions pourraient induire l'apparition de droits jusqu'à présent inexistant, telle n'est pas leur vocation première. Le constituant a néanmoins cherché à renforcer la protection des droits préexistants. Nombre de questions sont toutefois restées en suspens, le législateur organique étant chargé de faire le reste, de sorte que l'impact réel de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés est, en l'état, difficilement appréciable.

Les introuvables « droits nouveaux »

Si l'on ne peut nier que la loi constitutionnelle de 23 juillet 2008 contient des dispositions modifiant le *corpus* des droits fondamentaux, il n'en demeure pas moins que son apport est minime. La révision constitutionnelle consacre de manière ostentatoire des droits qui étaient déjà constitutionnellement garantis, tandis qu'elle reconnaît timidement des droits nouveaux.

Des droits anciens réaffirmés à grands cris

La première disposition de la loi constitutionnelle de juillet dernier déplace une disposition constitutionnelle préexistante : l'énigmatique dernier alinéa de l'article 3 de la Constitution selon lequel « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives » complète l'article 1er de la Constitution française. On a du mal à voir, dans ce simple déplacement, une innovation, ou même une « modernisation », car, quelle que soit sa numérotation, la disposition concernée conserve exactement la même valeur : elle ne sera pas mieux garantie quand bien même elle se trouve dorénavant aux côtés de l'égalité de tous les citoyens devant la loi et du caractère indivisible, laïque, démocratique et sociale de la République.

Cette disposition, issue de la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999, est par ailleurs complétée, dans sa nouvelle rédaction, par les termes « ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». Cet ajout a pour objectif de contourner la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans une décision du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes* (AJDA 2006. 1961, note C. Geslot), le Conseil, se fondant sur une interprétation rigoureuse de l'article 3 de la Constitution, a jugé, en effet, que si le législateur peut favoriser la parité homme-femme pour l'accès aux mandats et fonctions électives, il ne saurait, sans méconnaître les exigences constitutionnelles, favoriser la parité en dehors du domaine politique : « La Constitution ne permet pas que la composition des organes dirigeants ou consultatifs des personnes morales de droit public ou privé soit régie par des règles contraignantes fondées sur le sexe des personnes ».

La nouvelle disposition constitutionnelle a été adoptée, en première lecture, par l'Assemblée nationale afin de faire échec à cet obstacle constitutionnel. Elle avait à l'origine été insérée dans l'article 34 de la Constitution, mais sa rédaction étant voisine de celle qui figurait déjà à l'article 3, le Sénat a rapproché les deux dispositions relatives à l'égalité des sexes pour n'en faire qu'une. Dorénavant donc, l'article 1er de la Constitution contient un dernier alinéa ainsi rédigé : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». Le symbole est fort : l'égalité des sexes apparaît comme une caractéristique fondamentale de la République.

Pourtant, l'intention du constituant n'est pas d'affirmer que la République respecte la parité homme-femme, mais seulement d'indiquer que la loi doit, ou peut, favoriser la parité entre les hommes et les femmes. A cet égard, le nouvel article 1er de la Constitution a une double vocation : celle de permettre au législateur d'adopter des mesures en faveur de la parité, mesures auxquelles le Conseil constitutionnel s'était opposé, mais aussi celle de reconnaître la compétence législative en la matière. Ainsi, le second alinéa de l'article 1er complète la liste des matières législatives établie à l'article 34 de la Constitution.

Cette liste a d'ailleurs été enrichie de deux dispositions par la loi constitutionnelle de 2008. D'abord, le nouvel article 34 ne se contente pas de prévoir que « la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ; il précise dorénavant que la loi fixe les règles concernant « la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ». Alors que le comité de réflexion envisageait la création d'un Conseil du pluralisme chargé de contrôler le respect de « la liberté d'expression et du pluralisme des courants de pensée et d'opinion dans le domaine de l'information et de la communication audiovisuelles », le constituant, quant à lui, se contente de reconnaître la compétence du législateur en matière de pluralisme. Or l'article 34 de la Constitution, qui utilise l'expression générique de « libertés publiques », impliquait déjà la compétence du législateur dans ce domaine. De manière comparable, est introduite dans cet article une compétence expresse du législateur pour fixer les règles concernant les conditions d'exercice « des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ».

Dans un cas comme dans l'autre, les compléments apportés à la liste des matières législatives n'étaient pas indispensables dès lors que, d'une part, la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias est un élément des garanties accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et que, d'autre part, le statut des élus locaux relève du principe de la libre administration des collectivités territoriales dont le législateur fixe les conditions au titre de l'article 72 alinéa 3 de la Constitution. Ces nouvelles dispositions n'ont donc d'autre utilité que de marquer l'attachement du pouvoir constituant de 2008 à des droits et libertés préexistants et relevant déjà du domaine législatif.

La modification de l'article 4 de la Constitution est du même ordre : la loi constitutionnelle y ajoute un alinéa selon lequel « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ». Là encore, l'affirmation est symbolique, mais ne modifie pas en elle-même la substance de la liberté d'expression politique, ni le rôle des partis politiques dans la vie de la Nation. Il appartient au législateur de déterminer les conditions d'une participation « équitable » des partis politiques. Dès lors, le constituant n'a pas ajouté de droits nouveaux : l'innovation de la réforme constitutionnelle dépend très largement de ce que fera le législateur de cette compétence (ré)affirmée solennellement. La réalité de l'innovation est également fonction de l'interprétation que le Conseil constitutionnel donnera des nouvelles dispositions constitutionnelles.

Et c'est là une constante de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : son impact sur les droits et libertés dépend de la lecture qu'en feront les juges, particulièrement le juge constitutionnel.

Des droits nouveaux reconnus du bout des lèvres

On a déjà souligné le caractère éminemment symbolique de l'introduction de la référence à l'égalité entre les femmes et les hommes à l'article 1er de la Constitution. Toutefois, le sens de la disposition n'est pas des plus explicites. Se contentant d'affirmer que la loi « favorise » l'égal accès des femmes et des hommes, le constituant de 2008, comme celui de 1999, laisse à un autre le soin de donner sens et portée à cette disposition : le législateur s'y essaiera et c'est finalement le Conseil constitutionnel, s'il est saisi, qui déterminera, d'une part, si pèse sur le législateur une obligation ou une simple faculté de favoriser l'égal accès et, d'autre part, les moyens qui, dans le respect de la Constitution, permettent de favoriser cet égal accès. Dans ces conditions, la parité dans l'accès aux responsabilités professionnelles et sociales n'est pas instaurée par le constituant ; elle le sera éventuellement par le législateur ordinaire : si la loi constitutionnelle ne consacre pas un droit nouveau, elle autorise le législateur à prendre des mesures qui, sans révision, auraient été jugées contraires à la Constitution. En d'autres termes, le constituant n'a fait que permettre la consécration d'un droit nouveau sans le consacrer lui-même.

Le nouvel article 75-1 de la Constitution est emblématique de cette situation. Aux termes de

cet article, « les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France ». Que déduire de cette disposition ? Un constat sans effet juridique ou un droit d'utiliser les langues régionales ayant pour effet de contourner la jurisprudence du Conseil constitutionnel ? On sait que le Conseil s'est opposé à la ratification de la Charte européenne sur les langues régionales et minoritaires sans révision préalable de la Constitution. Dans sa décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, le Conseil s'est fondé sur diverses dispositions constitutionnelles, dont l'article 1er affirmant l'indivisibilité de la République et l'article 2 selon lequel la langue de la République est le français. Il a déduit de ces dispositions que « l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public » ; et il conclut que : « Les particuliers ne peuvent se prévaloir, dans leurs relations avec les administrations et les services publics, d'un droit à l'usage d'une langue autre que le français, ni être contraints à un tel usage ». En faisant des langues régionales des éléments du patrimoine de la France, le constituant a-t-il souhaité permettre l'usage de langues régionales dans les services publics ?

Deux considérations doivent être prises en compte pour répondre à cette question : l'article 2 de la Constitution reste en l'état, ce qui invite à considérer que la reconnaissance de langues régionales n'a pas vocation à déroger au principe selon lequel le français est la langue officielle et unique de la République ; mais, l'article 75-1 est inséré dans le titre XII de la Constitution, titre consacré aux collectivités territoriales, de sorte que l'on peut y voir une invitation faite aux collectivités territoriales de préserver leur patrimoine linguistique. Faut-il pour autant en déduire le droit d'utiliser les langues régionales dans les relations avec les administrations locales et avec les services publics locaux ? Faut-il conclure à la possibilité de rendre obligatoire l'enseignement d'une langue régionale dans les écoles, alors que le Conseil constitutionnel s'y était opposé (v., not., Cons. const. 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 92, Rec. Cons. const. 43, AJDA 1996. 371, note O. Schrameck) ? Faut-il considérer que, implicitement - et donc à contre-courant des révisions antérieures mentionnant expressément les engagements internationaux à ratifier -, le constituant a souhaité permettre la ratification de la Charte européenne sur les langues régionales et minoritaires ? Difficile, pour l'heure, d'apporter des réponses tranchées à toutes ces questions. On constatera seulement que le Conseil constitutionnel ferait preuve de l'audace qu'on lui connaît parfois s'il déduisait de cette disposition déclaratoire et imprécise l'existence d'un nouveau droit, celui de pouvoir utiliser les langues régionales dans les relations avec l'administration.

Deux nouveaux droits sont néanmoins reconnus aux citoyens par la loi constitutionnelle du 23 juillet dernier. Mais ils sont énoncés du bout des lèvres.

L'article 11 de la Constitution est complété par quatre alinéas. Aux termes du premier, « un référendum [...] peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales » ; les trois autres alinéas concernent les modalités de mise en oeuvre et de contrôle de cette nouvelle procédure. La nouveauté est ici appréciable : les citoyens disposent d'un nouveau droit, celui de soutenir une initiative parlementaire tendant à l'adoption d'une loi référendaire. Les termes de la disposition constitutionnelle sont d'ailleurs éloquentes : l'initiative est parlementaire et non populaire. Difficile, dans ces conditions, d'y voir un référendum d'initiative populaire (le rapport de la commission des lois du Sénat qualifie cette nouvelle procédure de « référendum d'initiative parlementaire et populaire », rapport n° 387 [2007-2008] de M. Jean-Jacques Hiest, déposé le 11 juin 2008). Mais il s'agit bien de permettre aux citoyens de participer à l'élaboration des propositions de loi, de leur reconnaître la capacité de s'associer aux parlementaires pour proposer des réformes législatives qui seront adoptées ensuite par voie de référendum.

Dans le même sens, le constituant a instauré le droit pour les citoyens de saisir directement, par voie de pétition, le Conseil économique et social dont la dénomination est d'ailleurs modifiée pour intégrer la dimension environnementale de sa mission. On ne sait pas grand-chose pour l'instant de ce nouveau droit dès lors que le nouvel alinéa de l'article 69 de la Constitution renvoie à une loi organique le soin de fixer les conditions d'exercice de ce droit et précise que le Conseil économique, social et environnemental fait connaître au

gouvernement et au Parlement les suites qu'il propose de donner à la pétition.

Ces deux droits nouveaux instillent des éléments d'une démocratie plus directe dans le fonctionnement des institutions de la Ve République, sans pour autant que les citoyens soient seuls en mesure d'exercer un droit d'initiative. Les avancées sont donc réelles bien que timides.

La loi constitutionnelle est plus novatrice s'agissant des mécanismes de protection des droits et des libertés, mais ces innovations se laissent difficilement saisir.

Les insaisissables garanties des droits

Si la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ne crée que peu de droits nouveaux, elle tend à renforcer la garantie des droits. Le rapport du comité Balladur allait en ce sens : alors que la lettre de mission du Président de la République invitait le comité à envisager une modification du Préambule de la Constitution, celui-ci s'est davantage attaché « à donner une traduction effective aux droits fondamentaux des citoyens en leur ouvrant des voies nouvelles pour les faire valoir ». Ces voies nouvelles sont diverses, mais partiellement indéterminées.

Prolifération des garanties

Parmi les voies nouvelles de protection des droits, la plus notable est sans aucun doute l'instauration d'une exception d'inconstitutionnalité. On ne s'y attardera pas puisqu'elle fait ici l'objet d'une analyse spécifique et l'on privilégiera deux autres réformes : celle du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) d'abord, la création du Défenseur des droits, ensuite.

La réforme du Conseil supérieur de la magistrature tend à mieux garantir l'indépendance de la justice. Ce n'est pas la première fois qu'une révision constitutionnelle entend accroître l'indépendance de la justice en réformant cette institution. En 1993 déjà, le CSM avait été profondément remodelé : la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 avait nettement élargi les attributions du Conseil et profondément modifié sa composition en posant le principe de la double formation, l'une compétente à l'égard des magistrats du siège, l'autre à l'égard des magistrats du parquet. Cette réforme de grande ampleur s'est révélée insuffisante dans la mesure où l'institution n'a pas résisté à l'épreuve des faits. L'« affaire d'Outreau », mettant en lumière les dysfonctionnements de la justice, n'est pas étrangère à la volonté de réformer à nouveau le CSM. Conformément à la lettre de mission du Président de la République, le comité Balladur a donc formulé des propositions pour une justice mieux garantie. Insistant sur la nécessaire indépendance des juges, essentielle dans une société démocratique, le rapport du comité y voit la « pierre angulaire du respect des droits de la personne ».

Avec la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 65 de la Constitution est complètement réécrit. Les diverses formations du CSM y sont décrites avec précision. Mais la révision n'est pas dénuée de contradictions : la plus apparente est celle qui concerne le rôle du Président de la République. Certes, il ne préside plus le CSM, mais l'article 64 de la Constitution n'a pas pour autant été modifié, de sorte que, aux termes de cet article, garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, le Président de la République est toujours assisté dans cette mission par le CSM. Parallèlement à la réorganisation de ce dernier, le comité Balladur avait pourtant proposé de supprimer la référence au CSM à l'article 64.

L'article 65 crée par ailleurs une nouvelle voie de droit : « Le Conseil supérieur de la magistrature peut être saisi par un justiciable dans les conditions fixées par une loi organique ». Alors que le nouvel article 65 décrit, avec minutie, la composition des formations du CSM, il est par comparaison extrêmement laconique s'agissant des requêtes pouvant être portées à la connaissance du CSM. L'origine de cette disposition est à rechercher dans les propositions du comité de réflexion, lesquelles s'inspirent du rapport présenté par le « comité Vedel » en 1993. Le comité Balladur avait, en effet, suggéré que le CSM soit en mesure « d'apporter des réponses disciplinaires aux désordres qui, survenant dans le service public de la justice, mettent en cause non pas le fond des décisions de justice, mais le respect des garanties procédurales et le comportement professionnel des magistrats ». Alors que le comité et le

projet de loi constitutionnelle ne prévoyaient pas de l'intégrer dans la Constitution révisée, l'Assemblée nationale a opté pour une référence expresse à cette nouvelle voie de droit dans le texte constitutionnel, tout en renvoyant à une loi organique. En conséquence, la lecture du nouvel article 65 ne donne aucune indication sur l'objet de la saisine du CSM par les justiciables. Le législateur organique a donc toute latitude pour préciser, non seulement les conditions et les modalités de la saisine, mais aussi son objet. Les rapports des commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat donnent quelques minces indications à cet égard : le CSM sera ainsi saisi de requêtes qui mettent en cause le fonctionnement de la justice, et susceptibles d'entraîner des sanctions disciplinaires pour les magistrats.

Remarquable est également la création du Défenseur des droits. Si la création d'une nouvelle autorité indépendante n'est pas innovante en elle-même, l'innovation tient à l'introduction d'une telle autorité dans la Constitution. Le Défenseur des droits est en effet une autorité administrative indépendante qui veille « au respect des droits et libertés par les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ».

Sa mission n'est pas sans rappeler celle d'autres autorités administratives existantes et particulièrement celle du médiateur de la République, ce qui conduit à s'interroger sur la pérennité de ces autorités. D'ailleurs, le comité Balladur avait imaginé que cette institution remplacerait le médiateur de la République et avait envisagé la suppression de diverses autorités administratives oeuvrant pour la défense des droits et libertés, telles que le défenseur des enfants, la Halde, le contrôleur général des lieux de privation de liberté créé il y a moins d'un an et même la CNIL. En effet, le comité de réflexion partait d'un double constat : l'importance quantitative de la mission attribuée au médiateur, d'une part, la prolifération des autorités indépendantes aux compétences voisines, d'autre part. Au regard de la mission générale que le comité entendait confier à la nouvelle autorité, la disparition des autorités administratives « concurrentes » était parfaitement justifiée.

Pour l'instant, le constituant n'a fait qu'accroître le phénomène de prolifération d'autorités administratives pourtant dénoncées tant par le rapport du comité Balladur que par celui de l'office parlementaire pour l'évaluation de la législation (rapport établi au nom de l'office parlementaire pour l'évaluation de la législation par Patrice Gélard sur les autorités administratives indépendantes, n° 3166, déposé le 15 juin 2006). Mais il appartient au législateur de supprimer certaines autorités administratives, à tout le moins de limiter leurs compétences lorsqu'elles s'avèrent redondantes avec celles confiées au Défenseur des droits. Pourtant, l'heure n'est pas à la réduction du nombre d'autorités indépendantes comme en témoigne la création récente du contrôleur général des lieux de privation de liberté. Cette autorité créée par la loi du 30 octobre 2007 est chargée, « sans préjudice des prérogatives que la loi attribue aux autorités judiciaires ou juridictionnelles, de contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux » (art. 1er de la loi n° 2007-1545 du 30 oct. 2007). Dans sa mission, le contrôleur peut saisir le médiateur de la République, tandis que ce même médiateur peut le saisir, ce qui manifeste parfaitement l'enchevêtrement des compétences des diverses autorités administratives indépendantes. Si tant est que le nouveau Défenseur des droits remplace le médiateur de la République, le législateur pourra soit laisser subsister une autorité dont les compétences sont couvertes par celles du Défenseur des droits, avec les difficultés que cela pose en termes de compétence, soit opter pour la suppression d'une autorité qu'il a lui-même créée il y a moins d'un an.

En l'état, le seul apport du nouvel article 71-1 de la Constitution est d'avoir donné une existence constitutionnelle à une autorité administrative indépendante dont la mission était préalablement assurée par d'autres, mais l'étendue de sa compétence est encore largement indéterminée.

Indétermination des garanties

Le comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des

institutions avait proposé que la nouvelle autorité indépendante veille au respect des droits fondamentaux ; en conséquence, il proposait de la nommer « Défenseur des droits fondamentaux ». Le projet de loi constitutionnelle limite sa mission au seul dysfonctionnement d'un service public et change son appellation : choisissant une expression plus traditionnelle en France, le projet de loi retient celle de « Défenseur des droits des citoyens ». Mais cette appellation présente l'inconvénient majeur de ne concerner que les citoyens alors que l'institution créée peut être saisie par « toute personne », et donc par tout individu se trouvant sur le territoire français (M. Verpeaux, *Le nouveau défenseur des droits des citoyens est arrivé*, LPA 14 mai 2008, n° 97, p. 87).

Parce que l'appellation était incompatible avec l'étendue de sa compétence, la nouvelle autorité sera finalement baptisée « Défenseur des droits », laissant sur les lèvres un léger goût d'inachevé : quels droits ? de qui ? Aux termes de l'article 71-1 nouveau, il s'agit « des droits et libertés », sans autre précision, quels que soient donc leur source et/ou leur valeur juridique et/ou leur champ d'application. Il faut d'ailleurs remarquer que le constituant de 2008 est particulièrement friand de cette expression imprécise. Le texte constitutionnel se référait déjà, dans sa version initiale, aux « droits de l'homme » dans son Préambule, aux « droits civiques » et aux « libertés publiques » en son article 34, il connaît maintenant une nouvelle catégorie qui reste à définir : celle des « droits et libertés ». Elle apparaît à l'article 13 de la Constitution qui prévoit une procédure de nomination aux emplois ou fonctions qui ont une importance « pour la garantie des droits et libertés » ; elle figure également à l'article 61-1 nouveau qui instaure l'exception d'inconstitutionnalité, avec une précision toutefois : le Conseil constitutionnel peut être saisi lorsqu'il est soutenu, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, qu'une disposition législative porte atteinte « aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Si, dans ce dernier cas, il s'agit évidemment de droits et libertés de valeur constitutionnelle, leur valeur est ailleurs incertaine. Ainsi, la loi constitutionnelle rejette l'expression de « droits fondamentaux » ou de « libertés fondamentales » alors que le législateur ordinaire l'accepte (v., not., L. n° 2000-597, 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives instaurant le référé-liberté en cas d'atteinte grave et manifestement illégale à une « liberté fondamentale »).

L'étendue de la mission du Défenseur des droits est ainsi partiellement indéterminée. Elle l'est d'autant plus que l'article 71-1 renvoie à une loi organique le soin de préciser les organismes à l'égard duquel le Défenseur exercera sa mission : certes la Constitution cite les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que tout organisme investi d'une mission de service public ; mais elle précise aussi que la loi organique peut reconnaître la compétence du Défenseur des droits à l'égard de n'importe quel autre organisme. Autrement dit, la nouvelle autorité protégera autant les droits des administrés dans leurs relations avec l'administration que les droits reconnus à toute personne dans des relations qui peuvent n'être que purement privées, pourvu que la loi organique ait admis la compétence du Défenseur.

Ses pouvoirs sont également constitutionnellement incertains. L'article 71-1 de la Constitution renvoie, là encore, à une loi organique qui devra définir ses attributions et les modalités de son intervention. La lecture de la Constitution ne permet donc pas de dire si cette nouvelle autorité disposera d'un pouvoir de décision, notamment sous forme de sanction, ou de simple recommandation, proposition ou avis ; on y apprend seulement que le Défenseur des droits rend compte de son activité au Président de la République et au Parlement et l'on supposera qu'il s'acquittera de cette obligation par un rapport annuel, comme le font nombre d'autorités administratives indépendantes. S'agissant de ses attributions, il faut noter également que le constituant n'a pas retenu la proposition du comité de réflexion tendant à ce que le Défenseur des droits puisse saisir le Conseil constitutionnel dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution.

Enfin, en ce qui concerne les moyens dont dispose le Défenseur des droits, le nouvel article constitutionnel se contente de préciser que le Défenseur peut être assisté par un collège pour l'exercice de certaines de ses attributions. Il appartient au législateur organique de déterminer la composition et la mission de ce collège.

Compte tenu de toutes ces incertitudes, il est difficile de mesurer l'impact de la loi constitutionnelle de juillet dernier sur les droits et libertés des citoyens. Il n'est pas certain que le Défenseur des droits saura s'affirmer comme l'autorité administrative de référence parmi toutes les autorités chargées de missions voisines. Il n'est pas davantage certain que les procédures favorisant la participation des citoyens - droit de pétition ou droit de soutien d'une proposition de loi référendaire - seront fréquemment exploitées par les intéressés. Il est encore moins certain que l'exception d'inconstitutionnalité détrônera le contrôle de conventionnalité dans la défense des droits et des libertés fondamentales.

L'avenir dira si la révision constitutionnelle de 2008 a vraiment été celle qui, instaurant « une démocratie exemplaire, une République irréprochable », a renforcé la place du citoyen.

Mots clés :

CONSTITUTION * Révision constitutionnelle * Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 * Droits fondamentaux et libertés publiques

(1) L'AJDA, dans son n° 34/2008, a consacré un dossier sur « L'impact de la révision constitutionnelle de 2008 sur le droit administratif », constitué, outre la présente contribution, des articles suivants :

- Bertrand Mathieu, Transformer la Ve République sans la trahir, p. 1858
- Pierre-Yves Gahdoun, L'amélioration de la fabrication des lois, p. 1872
- Michel Verpeaux, Question préjudicielle et renouveau constitutionnel, p. 1879
- Pierre-Olivier Caille, L'outre-mer dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, p. 1887