

RENOUVELER LES LIBERTÉS ?

FAUT-IL EN RAJOUTER, ALLONGER LA LISTE
DES DROITS ET LIBERTÉS RECONNUS ?

143

Pas si sûr. La contemplation du corpus applicable dans la France d'aujourd'hui ne donne pas matière à blêmir de honte. Et puis, surtout, il ne tombe pas sous le sens que l'inventaire soit incomplet. Dans l'espace évolué que partagent désormais les pays de la vieille Europe, il n'est pas possible de parler objectivement de carence au sujet du nombre ou de la nature des droits proclamés. La promotion d'un nouveau droit ou le décalage du curseur de la conciliation à opérer entre les droits déjà reconnus ne s'imposent que dans le regard du partisan, lequel aura fort à faire pour convaincre le partisan d'en face, persuadé qu'il est que l'individuel devrait prévaloir sur le collectif, l'économique sur le social, la continuité du service public sur le droit de grève... Ou l'inverse... Mieux vaut donc se garder à gauche comme à droite, si l'on ose dire : la réponse à la question de savoir s'il manque des droits menace de tout devoir à la pente idéologico-morale de chacun et de ne présenter, par voie de conséquence, aucune espèce d'intérêt.

Il n'est pas certain par ailleurs que la société française ait besoin, pour l'harmonie de son développement ou l'amélioration de ses équilibres, de voir s'épaissir encore le gâteau des droits et libertés. Postuler qu'il nous en faut plus, sans autre forme de procès, c'est rouler pied au plancher sur un chemin consumériste, revendicatif et victimaire, dont rien ne prouve qu'il mène dans la bonne direction. Là encore, prendre un peu de recul n'est pas inutile : il n'est pas naturellement bon de gaver la bête – fût-elle vorace et jamais rassasiée.

Plaidons en outre que les faiblesses les plus criantes de notre système juridique ne résident pas dans la trop grande timidité des droits énoncés, mais dans l'insuffisance de leur mise en œuvre concrète. Il y a beaucoup

à faire, par exemple, pour assurer la diffusion générale d'une culture juridique propre à garantir l'exercice effectif des voies de droit disponibles ou pour rendre moins inégalitaire l'accès au juge dans de bonnes conditions... Bref, si quelque chose pêche et requiert une attention urgente, c'est du côté de l'intendance qu'il faut aller le chercher, c'est-à-dire ailleurs¹.

FAUT-IL TOUT ARRÊTER, S'EN TENIR LÀ,
NE PLUS VOULOIR CRÉER DE DROITS NOUVEAUX ?

Sans doute pas non plus. Nos sociétés modernes – et c'est heureux – ne savent pas vivre sans s'imaginer sur la route du progrès, surtout en matière de droits fondamentaux.

144 Voyez la tradition française: la succession (républicaine) des textes relatifs aux libertés s'est opérée depuis 1789 par stratification et non par remplacement. Contrairement à la pratique banale selon laquelle la norme nouvelle abroge la norme ancienne ou peut lui déroger, les préambules constitutionnels se cumulent. C'est leur feuilletage qui détermine l'état du consensus social. Le peuple français, en 1958, a actualisé son adhésion simultanée aux principes libéraux de 1789 et aux préoccupations sociales de 1946. Comme Georges Vedel l'avait pointé, cela emporte qu'aucune hiérarchie ne s'établit entre les normes constitutionnelles. Mais cela impose aussi au législateur de concilier ces normes, de les faire vivre ensemble, sous le contrôle du juge.

Notre imaginaire juridique suppose donc que le mouvement d'élévation du standard soit, pour ainsi dire, infini. Il fait également vivre l'idée selon laquelle la qualité de cette progression appelle le renoncement au fantasme de la table rase, requiert une insensibilité idéologique suffisante, et passe par la recherche toujours plus fine d'un compromis entre les droits en présence. Il n'est pas interdit de voir en cette forme stratifiée du progrès constitutionnel l'une des principales richesses de notre legs historique: elle offre à l'*hybris* une résistance prudente, respectueuse de la diversité politique de notre pays. Elle rend aussi possible la formation de l'unité nationale sur un socle de valeurs raisonnablement communes. C'est enviable.

L'arrêt du mouvement n'aurait donc aucun sens historique, politique,

1. Et cela surtout si l'on considère que les procédures de règlement des litiges ont elles-mêmes considérablement progressé en effectivité au cours des quinze ou vingt ans qui viennent de s'écouler.

juridique ou social possible. Et puis, on ne sache pas que les nécessités d'adaptation du droit à l'évolution du monde et des choses pourraient avoir disparu.

OÙ SONT LES BESOINS ?

Difficile à dire avec objectivité. Mais l'évolution des sciences et des techniques arrive sûrement en première ligne, parce qu'elle entraîne d'importantes modifications des comportements sociaux et qu'elle provoque *de plano* des interrogations sensibles du point de vue des droits et libertés : il suffit de penser à la géolocalisation des personnes, au traçage nanotechnologique, à la vidéosurveillance, à la conservation des images, etc. Tout cela va de soi.

Plus généralement, il est possible qu'une demande accrue porte désormais sur la recherche de réponses de plus en plus circonstanciées à des problèmes de plus en plus concrets. La question de la fin de vie donne à cet égard un exemple parlant : le sujet à traiter est métaphysiquement colossal, mais l'objet des débats se rétrécit en même temps qu'il se pragmatise. Quelles substances ne pas administrer ? L'interruption de certains soins n'est-elle pas parfois plus problématique qu'une intervention plus franchement euthanasique – par exemple lorsqu'une souffrance menace d'apparaître ou de s'aggraver en conséquence de l'arrêt d'un traitement ou d'une assistance médicale ? Quel degré de collégialité doit-on atteindre dans l'instruction d'une demande d'interruption de soins ? Qui associer à ce colloque ? Avec quelle méthodologie ? Quel crédit accorder aux demandes de l'intéressé lorsque sa lucidité prête à controverse ? À celles de sa famille ?...

145

Mettons enfin que la revendication globale aille dans le sens d'une plus grande négociabilité des normes, dans le contexte de débats volontiers conflictuels. Les questions sociales sont concernées au premier chef, mais pas seulement. L'environnement, voire l'aménagement du territoire, par exemple, sont devenus les lieux possibles d'une revendication très « participative » : plus l'idée se diffuse selon laquelle chacun a droit à un environnement de qualité, plus les titulaires de ce droit se considèrent légitimes à contribuer à l'œuvre juridique – fût-ce, d'ailleurs, de manière éventuellement illicite, comme dans le cas des faucheurs d'OGM. Sans doute faut-il un cadre à tout cela.

COMMENT S'Y PRENDRE ?

COMMENT SAVOIR QUEL EST LE MEILLEUR VECTEUR
DU RENOUVELLEMENT DES DROITS ET LIBERTÉS ?

On plaidera ici, dans la droite ligne des conclusions du comité Veil sur la réforme du Préambule, que la voie constitutionnelle n'est pas forcément la meilleure². Bien sûr, on ne peut pas ignorer qu'elle demeure le seul moyen d'offrir à une norme une indérogeabilité forte³. Mais l'on peut ne pas s'en tenir là si l'on admet, comme on a proposé de le faire, que notre système juridique n'a plus toujours besoin, lorsqu'il énonce des droits nouveaux, de les concevoir inconditionnellement intransgressibles puisque le niveau de protection requis par le standard européen est d'ores et déjà atteint et qu'il peut – au moins par hypothèse – être tenu

146 pour satisfaisant. Les conditions sont donc remplies pour un examen dépassionné des mérites et des inconvénients de la voie constituante en matière de droits fondamentaux.

Tant mieux, car ces inconvénients ne sont pas négligeables. Les principaux d'entre eux sont liés à l'extrême dépendance du processus constituant aux variables politiques du moment et à la magnitude symbolique du geste de révision constitutionnelle. Il n'est un secret pour personne que la concorde n'est pas facilement à portée de main au Congrès de nos assemblées – voire devant le peuple interrogé – lorsque la conjoncture politique prête à instrumentaliser le débat. Or elle y prête presque toujours. Le risque est donc élevé de voir les décisions se prendre en tout

2. *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, La Documentation française, 2009.

3. Indérogeabilité dont il convient au demeurant de ne pas minorer le caractère relatif, puisque les normes constitutionnelles doivent, toutes, supporter de voir leur application conciliée avec le jeu des autres normes de même valeur. Cela posé, il faut noter que cette intransgressibilité éminente de la Constitution a été renforcée par la jurisprudence constitutionnelle récente : les lois doivent ainsi respecter les engagements internationaux et européens de la France à peine de voir leur application écartée, mais ce jeu de la norme internationale serait paralysé si elle violait une règle caractéristique de « l'identité constitutionnelle de la France ». L'immense majorité des normes constitutionnelles et internationales, en matière de droits fondamentaux, sont identiques ou à tout le moins similaires. La mise en compatibilité, par le juge, de ces normes d'origines différentes assure ainsi la solidité d'un standard unique et commun de la protection des droits dans l'espace européen. Mais, dans les – rares – domaines où l'harmonie n'est pas susceptible d'être obtenue, le primat doit revenir sans équivoque à la Constitution sur le territoire national. La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC (« loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information ») doit être invoquée en ce sens, de même que l'arrêt *Arcelor* du Conseil d'État (CE, Ass., 8 février 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, req. 287110; *RFDA*, concl. Guyomar, 2007, p 384; *AJDA*, chron. Lenica et Boucher, 2007, p 577), et l'arrêt *Fraise* de la Cour de cassation (ass. plén., 2 juin 2000, 99-60.274, *Bulletin*, 2000, n° 4, p. 7).

ou en partie pour des motifs extérieurs au cœur de la question, et cela à tous les maillons de la chaîne⁴. Il n'est pas certain que la définition des droits fondamentaux ait beaucoup à gagner à cet assujettissement-là.

En matière de droits fondamentaux, il y a aujourd'hui besoin de réglage fin sur des questions hypercomplexes. Cela requiert que la correction des erreurs puisse suivre l'essai ; que l'auteur de la norme puisse assez aisément la reprendre ou l'amender si l'expérience l'a vérifiée inappropriée, inefficace, voire dangereuse. Or c'est cette facilité du tâtonnement et cette objectivité nécessaire que l'on ne trouve pas, ou en tout cas pas facilement, dans les méandres de la procédure constituante. Pour le dire autrement, les principaux « progrès » à espérer désormais dans la genèse de droits et libertés sont à accomplir au prix du doute, de l'hésitation, de l'expérimentation, et donc du repentir possible. Et c'est – en pratique – ce que le cadre constituant ne permet à peu près pas. Le comité Veil, lorsqu'il a eu à statuer sur l'opportunité d'une révision du Préambule pour y incorporer de nouvelles normes en matière d'éthique biomédicale ou en matière de protection des données personnelles, a jugé bon de ne pas proposer cette option. Il l'a fait en large part pour des raisons de cet ordre. Elles sont solides.

147

La théorie moderne des droits fondamentaux postule une certaine aversion pour la loi ordinaire, et une dilection symétrique pour la forme constitutionnelle. Paradoxe amusant, cette perspective se retourne donc devant certains objets contemporains. Mais gardons-nous tout de même des excès d'enthousiasme : les vertus de la voie législative ordinaire ne sont pas entièrement contenues dans son principe même ni dans le – fragile – postulat selon lequel elle serait moins sensible que la voie constituante à la cannibalisation politicienne. Ce qu'il peut y avoir de riche et d'utile dans le processus d'élaboration de la loi est en vérité contenu pour beaucoup dans la latitude qu'elle offre à ses auteurs de se donner à eux-mêmes des moyens étendus pour appréhender, dans des conditions idoines, les thèmes les plus délicats. Encore faut-il qu'ils s'y disposent.

Certains cas récents donnent en tout cas le bon exemple. La loi bio-éthique comme la loi Léonetti sur la fin de vie sont de ceux-là. Trois

4. La sensibilité du geste constituant à l'ambiance politique ne se limite pas à la détermination de l'issue des votes. Devant les assemblées parlementaires, il faut aussi compter avec le risque d'un marchandage plus ou moins ouvert au sujet de l'existence ou de la formulation même des questions soumises à décision. La révision de juillet 2008 en donne un bon exemple, au cours de laquelle la reconnaissance du statut constitutionnel des langues régionales, comme celle de l'exigence de pluralisme des courants d'expression et des médias, ont été, comme on sait, âprement négociées. Pas nécessairement pour le meilleur.

traits communs les rapprochent : la volonté de faire précéder la décision d'une longue confrontation d'idées, d'expertises et de points de vue, en provenance de l'intérieur comme de l'extérieur du Parlement ; le souci d'assujettir la loi à une logique de rendez-vous périodique ou, si l'on préfère, de chantier plus ou moins permanent ; la recherche de solutions propres à ne pas fracasser le consensus minimum là où il apparaît à la fois possible et nécessaire. Encore une fois, l'adaptation des textes à leur objet commande ce genre de précaution. L'extrême indécidabilité dont certaines questions sont affectées impose l'hésitation de la démarche, les petits pas, voire le retour en arrière en tant que de besoin. Cela n'a rien d'une infirmité. Mieux vaut y voir un degré supérieur d'adaptation.

148 Réduction de voilure ? Renoncement aux grands discours ? Pourquoi pas ? L'idée n'est pas loufoque selon laquelle les grands discours ont déjà été tenus, au moins pour l'essentiel. Peut-être y a-t-il même lieu de craindre qu'il s'en tienne (trop) de nouveaux par les temps qui courent. Quelques illustrations récentes jettent le trouble à cet égard. Voyez, sur le plan macroscopique des textes, la Charte européenne des droits fondamentaux. Le texte est touffu, hétérogène, faussement précis par bien des aspects, assez mal rédigé de l'avis général. Et rien ne dit par-dessus le marché qu'il apporte quoi que ce soit de tangible et de positif par rapport à l'état du droit antérieur en Europe de l'Ouest. À tout prendre, on devrait plutôt redouter que son entrée en vigueur complique le jeu et fasse naître chez nous des incertitudes et des approximations qui n'avaient plus aucun cours, sans aucun bénéfice pour les citoyens et leurs libertés. Ce n'est pas tout. Sur le plan microscopique des normes individuellement considérées, voyez à quoi aboutit, toujours par exemple, la célébration de la dignité de la personne humaine. Optiquement, rien n'est plus magnifique, rien n'est plus engageant. Et pourtant, l'on sait maintenant qu'aucun principe n'est plus trompeur. À l'usage de la police du lancer du nain ou de la répression des pratiques sadomasochistes librement consenties, il s'est vérifié versatile et porteur de valeurs contradictoires – ici faites de liberté ; là de contrôle social⁵... Bref, le Diable était dans le grandiose, et l'on peine à s'en dépêtrer.

5. Le rapport du comité Veil a tenté de prendre son parti de cette polysémie et suggéré de remédier à ses effets pervers en proposant de n'inscrire au Préambule qu'un principe « d'égale dignité de chacun » afin de réduire l'effet constitutionnel de ce concept à la seule acception susceptible de faire consensus dans la France d'aujourd'hui : celle aux termes de laquelle la dignité de chaque homme fonde son aptitude à librement disposer de lui-même en même temps qu'elle lui interdit de prétendre disposer d'autrui si cet autrui n'y a pas consenti.

Décidément, en matière de droits fondamentaux situés ici et maintenant, rien de bon n'est à attendre de l'emphase. Le renouvellement utile et prudent de nos libertés passe peut-être par un surplus de modestie quant à l'objet ou à la portée des normes à édicter et quant aux moyens nécessaires pour les édicter le moins mal possible. Ce n'est pas la plus dangereuse des dispositions d'esprit.

R É S U M É

Faut-il vraiment ajouter des libertés supplémentaires ? Dans un système de droit aussi évolué que le nôtre, les besoins ne sont-ils pas ailleurs ? N'y a-t-il pas, au surplus, danger à laisser croire le contraire et à favoriser une approche purement consumériste des droits fondamentaux ? Le doute est permis. Il l'est aussi sur le point de savoir quel est le bon vecteur pour opérer la consécration de droits nouveaux lorsqu'elle apparaît nécessaire. Les besoins dans ce domaine sont aujourd'hui du côté du réglage fin, de l'expérimentation et de la plus grande insensibilité idéologique possible. Or ces exigences sont celles auxquelles la procédure de révision constitutionnelle ne se plie pas facilement. La loi, à certaines conditions, peut révéler quelques avantages intéressants.