



REGARDS COMPARATISTES SUR LE RAPPORT DU COMITÉ BALLADUR

[Marc Verdussen](#)

Presses Universitaires de France | « [Revue française de droit constitutionnel](#) »

2008/5 HS n°2 | pages 223 à 242

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130570080

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2008-5-page-223.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

© Presses Universitaires de France. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

MARC VERDUSSEN

Le droit constitutionnel comparé est confronté à deux réalités dont le caractère antinomique n'est qu'apparent¹. Depuis longtemps, on sait que toute Constitution est le produit d'une culture politique modelée par un processus historique. Elle plonge ses racines dans un passé propre. Elle s'inscrit dans un contexte – politique, mais aussi social, économique et culturel – nécessairement unique. Chaque règle ou principe constitutionnel doit donc être situé dans la logique globale du système auquel il se rattache. Cependant, depuis peu, on remarque que les Constitutions sont traversées par une dynamique d'homogénéisation des corpus constitutionnels et, dès lors, par la formation d'un droit constitutionnel de plus en plus mondialisé. C'est dans cette dernière perspective que nous voudrions inscrire les quelques lignes qui suivent. En effet, parmi les propositions formulées par le rapport du Comité sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République – dit « comité Ballardur » –, plusieurs d'entre elles méritent d'être évaluées, à tout le moins situées, à l'aune des solutions mises en œuvre dans d'autres systèmes constitutionnels².

Marc Verdussen, professeur de droit constitutionnel à l'Université de Louvain (UCL).

1. Voy. M. Verdussen, « Le droit constitutionnel sera comparé ou ne sera plus », in *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2007, p. 1643-1657.

2. « La comparazione offre al ricercatore l'occasione per effettuare una verifica dei dati relativi alla conoscenza degli ordinamenti esaminati. (...) Ai dati disponibili tramite l'esame del diritto positivo, della prassi, della storia costituzionale può aggiungersi la verifica comparativa » (G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, 7^e éd., Padova, Cedam, 2007, p. 8-9). « Transnational sources are seen as interlocutors, offering a way of testing understanding of one's own traditions and possibilities by examining them in the reflection of others » (V. Jackson, « Constitutional Comparisons : Convergence, Resistance, Engagement », *Harv. L. Rev.*, 2005, vol. 119, p. 114).

I – SUR LA PROCÉDURE DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE

L'étude comparée des procédures de révision de la Constitution dans les démocraties constitutionnelles permet de dégager un certain nombre d'impératifs qui, tout en déterminant la validité de ces procédures, contribuent à leur légitimité et à leur efficacité³. Deux impératifs méritent ici une attention particulière : dans presque tous les États, on trouve, d'une part, le souci de prendre le temps de la réflexion et, d'autre part, le souci de donner la parole au peuple.

Il y a, d'abord, un impératif temporel. Une Constitution ne saurait être révisée trop souvent, ni surtout trop rapidement. La vocation de toute Constitution est d'inscrire un État et sa population dans un horizon de normes et de valeurs. C'est pourquoi une Constitution doit être conçue pour durer le plus longtemps possible. C'est pourquoi également elle doit être mise à l'abri des initiatives impromptues de majorités éphémères. Est-ce à dire qu'une Constitution lie indéfectiblement des générations successives de citoyens, sans possibilité pour ceux-ci de l'ajuster, de la corriger ou de l'enrichir ? Il n'en est rien. Une Constitution stable n'est pas immuable ou intangible. Elle doit pouvoir être adaptée aux évolutions les plus profondes des conceptions et des pratiques sociales. Tout est donc une question d'équilibre : si la Constitution ne peut être modifiée, ou ne l'être que par des voies escarpées, la tentation est grande de la contourner ou de la détourner ; mais, à être trop aisément modifiable, elle risque d'être ravalée au rang d'un programme politique. Quelle que soit la formule utilisée – elles sont diverses – il est indispensable d'ordonner le temps des révisions constitutionnelles.

Il y a ensuite un impératif démocratique. « We the People » : tels sont les premiers mots du Préambule de la Constitution des États-Unis. Ils sont hautement significatifs du lien consubstantiel qui unit un peuple et sa Constitution. C'est l'idée que la démocratie constitutionnelle trouve son fondement dans la souveraineté du peuple. Il reste que le peuple peut exercer cette souveraineté selon diverses modalités et que, s'agissant plus particulièrement de l'exercice du pouvoir constituant dérivé, il existe plusieurs manières de donner la parole au peuple, voire de s'assurer de son consentement. On distingue, à cet égard, deux options principales. Elles ne sont pas exclusives de modalités complémentaires, spécialement dans les États fédéraux.

La première option s'inscrit pleinement dans la logique de la démocratie représentative. C'est la voie parlementaire. Il s'agit de confier la révision de la Constitution à une ou des assemblées élues démocratique-

3. Voy. M. Verdussen, « La procédure de révision de la Constitution : données comparatives », in *La procédure de révision de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 87-110.

ment, donc représentatives de la population, et de subordonner cette révision à une majorité renforcée, qui est généralement de deux tiers. Dans les régimes bicaméraux, les assemblées siègent, le plus souvent, séparément. Quant à l'imposition d'une majorité renforcée, elle se comprend aisément : une modification constitutionnelle ne requiert-elle pas, par nature, un consensus plus large ? Cette première option se rencontre parfois sous la forme d'une variante : la dissolution préalable des chambres législatives. Elle procède de l'idée d'une consultation indirecte de la population et elle insuffle donc une certaine dose – très homéopathique – de démocratie directe dans une logique qui reste représentative. C'est la formule belge. Plusieurs États, dont l'Espagne, s'en sont inspirés.

La seconde option s'inscrit franchement dans la logique de la démocratie directe, sans pour autant se départir nécessairement de la logique précédente. C'est la voie du référendum constituant ou de la consultation populaire préalable à la révision, qui se combine le plus souvent avec la voie parlementaire. Pour autant que de besoin, l'on rappellera qu'à la différence de la consultation populaire, le référendum est un procédé de démocratie directe qui revêt un caractère juridiquement décisoire. Appliqués aux révisions constitutionnelles, les deux procédés consistent à inviter le peuple à donner son avis (consultation populaire) ou, comme c'est généralement le cas, à exprimer sa volonté (référendum) sur une modification envisagée de la Constitution. D'un système à l'autre, les modalités de l'intervention du peuple sont cependant très variables. Elle est tantôt obligatoire, tantôt facultative. Elle est tantôt principale, tantôt complémentaire. Elle est tantôt contraignante, tantôt consultative. Tantôt elle est prévue pour les seules révisions totales, tantôt elle l'est pour les révisions totales et partielles. Et, pour ne pas simplifier les choses, d'un pays à l'autre, on ne retient pas la même définition de ce qu'est une révision totale de la Constitution, qui reçoit tantôt une acception formelle, tantôt une acception matérielle. Quoi qu'il en soit, un nombre substantiel de pays européens font appel au peuple, depuis la Suisse jusqu'au Danemark, en passant par l'Italie, l'Autriche, l'Irlande et, bien sûr, la France.

En rendant obligatoire l'organisation par le Président de la République d'un référendum – à tout le moins s'il renonce à la voie dite « de Versailles » –, le comité Ballardur veut inscrire davantage la procédure de révision constitutionnelle dans la logique de la démocratie directe. De prime abord, un rapprochement s'impose avec la Suisse, où toute modification constitutionnelle est nécessairement soumise à la « votation » du peuple⁴. Il reste qu'en France, en vertu de l'article 89, alinéa 2, de la Constitution, un projet ou une proposition de révision doit préalablement être voté, en termes identiques, par l'Assemblée nationale et le

4. Art. 140 de la Constitution suisse.

Sénat, phase parlementaire préalable que le rapport n'entend pas remettre en question. Il reste également que le Président de la République demeure libre de privilégier la voie de Versailles. Cela étant, si la modification proposée par le comité Ballardur devait conduire à un recours plus systématique au référendum constituant, resterait posée la délicate question de la participation à l'opération référendaire et, partant, de l'imposition d'un quorum.

Plus surprenante est l'autre modification suggérée par le comité Ballardur : lorsqu'une des deux assemblées a voté un projet ou une proposition de révision constitutionnelle à la majorité des trois cinquièmes, mais qu'après deux lectures l'autre assemblée s'y oppose, le Président de la République peut organiser un référendum afin de permettre au peuple de trancher. D'autres États recourent à l'arbitrage populaire en cas de désaccord entre les assemblées constituantes, comme le prévoit la Constitution suisse dans l'hypothèse d'une révision totale de celle-ci⁵. Le procédé n'en est pas moins insolite. D'abord, il pourrait étioiler la légitimité de l'assemblée désapprouvée par le peuple. Mais on dira que c'est là le propre de toute expression contre-démocratique d'une volonté de défiance⁶. Surtout il risque d'exacerber les tensions entre les deux composantes du Parlement. Les ravages seront d'autant plus considérables qu'ils s'inscriront au cœur d'un débat, non pas législatif, mais constituant.

II – SUR L'ARTICULATION DES POUVOIRS

Désormais, dans les régimes politiques se rattachant, d'une manière ou d'une autre, au parlementarisme, l'organe exécutif est le centre névralgique de l'action politique, tandis que l'instance parlementaire représente le centre de gravité du contrôle politique. L'un ne va pas sans l'autre, en ce que la légitimité de l'action de l'exécutif est sensiblement tributaire de l'efficacité du contrôle parlementaire. On comprend, dès lors, que le comité Ballardur appelle de ses vœux un meilleur encadrement et une plus forte limitation du pouvoir exécutif, mais aussi un renforcement de l'assise démocratique et du pouvoir de surveillance du Parlement. Ce faisant, le rapport traduit une évolution qui dépasse très largement les frontières de l'Hexagone français.

Délibérément ou non, plusieurs mesures s'inspirent d'ailleurs de solutions éprouvées dans d'autres ordres constitutionnels. C'est ainsi qu'à

5. Art. 193 de la Constitution suisse.

6. La contre-démocratie « n'est pas le contraire de la démocratie ; c'est plutôt la forme de démocratie qui contrarie l'autre, la démocratie des pouvoirs indirects disséminés dans le corps social, la démocratie de la défiance organisée face à la démocratie de la légitimité électorale » (P. Rosanvallon, *La contre-démocratie – La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, p. 16).

l'instar du système d'élection de la Chambre des députés et du Sénat qui existait en Italie avant l'adoption de la loi électorale du 31 décembre 2005, il est proposé, pour l'élection de l'Assemblée nationale, d'introduire dans le scrutin majoritaire une dose proportionnelle « compensatrice ». C'est ainsi encore que, sans revenir sur l'incompatibilité entre les fonctions de membres du Gouvernement et du Parlement, le rapport suggère de permettre aux anciens ministres de retrouver leur siège au Parlement, selon une formule comparable à celle introduite en Belgique il y a une quinzaine d'années, formule dite du « siège éjectable »⁷. Par ailleurs et pour autant que de besoin, on ajoutera qu'il est de règle dans les régimes démocratiques de laisser au Parlement le soin de fixer son ordre du jour et que, dans ces mêmes régimes, la pertinence, la qualité et l'efficacité du travail législatif sont devenues progressivement des préoccupations majeures. Les propositions formulées par le rapport mettent sur ce point la France au diapason des Nations soucieuses de la crédibilité de la fonction parlementaire. La volonté de voir revalorisé le rôle des commissions parlementaires permanentes est, à cet égard, hautement significatif. Dans le même ordre d'idées, le rapport a su tirer des enseignements congrus de certaines expériences étrangères pour ajuster et amplifier les moyens parlementaires de contrôle du Gouvernement – notamment en matière européenne – et, plus globalement, d'évaluation des politiques publiques, mais aussi pour revaloriser le mandat parlementaire.

De toute évidence, les mesures imaginées par le comité Ballardur entendent opérer une clarification des rapports entre le pouvoir exécutif et les assemblées parlementaires. L'observateur étranger n'en éprouve pas moins un certain malaise. En réalité, le resserrement de l'autonomie du pouvoir exécutif s'accompagne, au sein de ce dernier, d'un déplacement de responsabilités entre le Président de la République et le Premier ministre. Force est de constater que cette translation n'est pas exempte d'incohérences criantes. Le Premier ministre se verrait ainsi confier la tâche de « conduire » la politique de la Nation que le Président de la République est tenu préalablement de « définir ». Ne serait-il pas dès lors plus judicieux de permettre à celui-là plutôt qu'à celui-ci de rendre compte de son action devant le Parlement ? Cet illogisme est sans doute révélateur du profond embarras que suscite en France le bicéphalisme du pouvoir exécutif. Plutôt que de s'attaquer à cette singulière dyarchie – que Jack Lang qualifie de « baroque » –, le comité Ballardur en accentue les apories. Il renforce le rôle du Président de la République en le chargeant de définir la politique de la Nation et en l'autorisant à s'en expliquer au cœur même de l'enceinte parlementaire – ce qui est loin d'être purement symbolique –, mais dans le même temps il n'ouvre aucune brèche dans le principe de l'irresponsabilité politique du Prési-

7. Art. 50 de la Constitution belge.

dent. N'y avait-il pas pourtant une occasion inespérée de faire basculer la France dans un régime qui, quelle que soit sa nature, place à la tête de l'exécutif celui ou celle qui doit répondre de ses actes devant la représentation nationale, c'est-à-dire « en rendre compte en s'expliquant et en se justifiant dans un débat contradictoire qui se déroule sous les yeux des électeurs »⁸. On pense notamment – mais sans doute d'autres formules sont-elles concevables – au régime parlementaire dit « primo-ministériel », qui a peut-être un « parfum de monarchie parlementaire », selon l'expression de Philippe Ardant⁹, mais qui a ce mérite énorme de permettre une pleine mise en œuvre du principe de responsabilité, « cette éthique élémentaire du politique »¹⁰. Le droit constitutionnel comparé nous enseigne d'ailleurs que le modèle primo-ministériel est prédominant sur le continent européen et qu'au surplus il n'est pas inconciliable avec l'élection du chef de l'État au suffrage universel. Cette prédominance est-elle le fruit du hasard ? Au lieu de cela, le chef de l'État français ne demeurera comptable devant personne de ses décisions et actions, hormis un contrôle par la Cour des comptes de l'utilisation des crédits budgétaires qui lui sont alloués. C'est là précisément que le bât blesse. Car une telle situation s'inscrit à rebours des exigences modernes d'un État de droit démocratique, qui « exige plusieurs institutions qui se font face, qui dialoguent, qui se contrôlent et qui, finalement, créent les fluctuations et les évolutions nécessaires »¹¹. Sans compter qu'elle va compliquer davantage encore la tâche des professeurs de droit constitutionnel comparé qui, aujourd'hui déjà, sont confrontés à d'épineuses difficultés pour classer la France dans la typologie des régimes politiques.

III – SUR LES DROITS FONDAMENTAUX DES CITOYENS

Afin de renforcer l'effectivité de la protection des droits fondamentaux, le comité Balladur propose, entre autres mesures institutionnelles¹², de remplacer le Médiateur de la République par un Défenseur des droits fondamentaux, sur le modèle du Défenseur du peuple espagnol, mais aussi du Pourvoyeur de justice portugais¹³. L'institution y gagnerait en indépendance, puisque le Défenseur des droits fondamen-

8. P. Avril, « Quel équilibre entre exécutif et législatif ? », *Rev. dr. publ.*, 2002, p. 275.

9. P. Ardant, « Comment réaménager les pouvoirs du Président et du Premier ministre pour un régime primo-ministériel ? », *Rev. dr. publ.*, 2002, p. 259.

10. O. Duhamel, *Vive la V^e République !*, Paris, Seuil, 2002, p. 144.

11. P. Mendès France, *Œuvres complètes*, t. VI, *Une vision du monde : 1974-1982*, Paris, Gallimard, 1990, p. 427.

12. Voy. égal. ci-dessous les propositions relatives à l'exception d'inconstitutionnalité et au Conseil supérieur de la magistrature.

13. Art. 54 de la Constitution espagnole et art. 23 de la Constitution portugaise.

taux serait désigné par l'Assemblée nationale, et non plus par le Président de la République. L'institution y gagnerait aussi en attributions, notamment par la possibilité qui lui serait laissée de saisir le Conseil constitutionnel, compensant ainsi l'absence de recours direct des citoyens.

Si l'on passe du registre institutionnel au registre substantiel, on doit bien constater la maigreur des mesures proposées. Certes, la catégorie des droits politiques se trouverait enrichie d'un droit supplémentaire, dit « d'initiative populaire », qui s'inspire manifestement d'expériences constitutionnelles étrangères. Mais, pour le reste, le rapport ne propose l'adoption d'aucun droit matériel nouveau. Or, dans toutes les démocraties constitutionnelles, la question se pose, un jour ou l'autre, de savoir s'il n'est pas approprié d'entreprendre une refonte complète du catalogue constitutionnel des droits fondamentaux, afin de disposer d'un corpus de droits qui se distingue, non seulement par sa complétude et sa modernité, mais aussi par sa cohésion. Lorsqu'une Constitution établit une liste de droits fondamentaux, elle affiche par là les valeurs cardinales sur lesquelles elle entend fonder l'ordre juridique et la société politique¹⁴. Le catalogue français des droits fondamentaux est pour le moins fragmenté et, partant, hétéroclite. Aux quelques droits disséminés dans le corpus même de la Constitution de 1958 – tels le droit à l'égalité devant la loi et le droit à la liberté individuelle –, s'ajoutent les droits définis par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que les droits qui se dégagent d'un certain nombre de principes consacrés, voire concrétisés, par le Préambule de la Constitution de 1946. On y ajoutera, depuis 2003, les droits reconnus par la Charte de l'environnement. De cette dispersion, s'exhale une impression de désordre, qui se double d'un sentiment d'indétermination produit par la grande discrétion laissée au Conseil constitutionnel dans la délimitation du catalogue des droits fondamentaux. Il est surprenant que le comité Ballardur n'ait pas souhaité se pencher sur cette situation qui, pour un observateur étranger, est très interpellante.

IV – SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

L'instauration en France d'un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception est une vieille idée. Le 14 juillet 1989, relayant une déclaration de Robert Badinter dans *Le Monde*, le Président François Mitterrand y voyait « un grand, un très grand progrès démocratique »¹⁵.

14. Voy. M. Verdussen, « La protección de los derechos fundamentales en el Estado Federal Belga », in *Derechos y libertades en los Estados compuestos* (ed. M. A. Aparicio), Barcelone, Atelier, 2005, p. 177-178.

15. Voy. M. Verdussen, « Heurs et malheurs du recours constitutionnel individuel : les exemples italien et français », *Journal des procès*, 1990, n° 178, p. 12.

On le sait, cette idée n'a jamais pu être concrétisée, ce qui vaut toujours au Conseil constitutionnel d'occuper une place très particulière dans le giron des cours constitutionnelles du modèle européen. En recommandant une réforme qui reconnaîtrait à tout justiciable le droit de soulever une exception d'inconstitutionnalité, le comité Balladur entend renforcer la place de la justice constitutionnelle française au sein du modèle kelsenien. Il faut s'en réjouir. Hormis la France, ne sont pas légion en Europe les États dont la juridiction constitutionnelle ne peut être saisie sur renvoi préjudiciel. Ce système offre, en effet, l'avantage de permettre l'éradication d'inconstitutionnalités qui, n'ayant pu être détectées au moment de l'adoption de la loi, se sont révélées, fût-ce tardivement, lors de l'application de celle-ci. Pour cette raison, seule l'institution d'un tel système permet aux normes constitutionnelles d'accéder pleinement au rang de normes prééminentes, de telle sorte que, « pour le débat français, l'enjeu principal devrait être de savoir si l'on veut ou non d'une "Constitution" au sens plein de ce terme »¹⁶. A cet égard, le droit constitutionnel comparé conduit à deux constatations supplémentaires qui intéressent singulièrement la France. Tout d'abord, le renvoi préjudiciel s'avère d'autant plus fructueux dans les États qui – telle l'Italie – n'ouvrent pas aux particuliers la possibilité d'introduire des recours en annulation ; dans la mesure où ce renvoi peut avoir été provoqué par toute partie au litige, il représente ainsi une voie d'accès indirecte et substitutive aux juges constitutionnels. Ensuite, dans les États qui – telle la Belgique – ont institué une saisine par recours individuels, mais où la juridiction constitutionnelle a une compétence réduite aux normes législatives, c'est la voie préjudicielle qui est empruntée de manière prédominante. On peut donc prédire un réel succès au système français de saisine préjudicielle.

Convient-il de franchir une étape supplémentaire en confiant au Conseil constitutionnel le soin de contrôler la conformité des lois aux conventions internationales ? Le comité Balladur s'y refuse et sa prudence est fort compréhensible. Un tel contrôle suppose que la contestation dont est saisie la Cour constitutionnelle soit soumise au dispositif même de la norme internationale, sans l'entremise d'une norme de droit interne¹⁷. Certes, Hans Kelsen lui-même écrivait, en 1928, qu'on ne peut élever aucune objection sérieuse à l'encontre de l'annulation des lois pour contrariété aux traités internationaux, de telle sorte que, selon lui, il faut assimiler complètement une loi contraire au droit international à une loi inconstitutionnelle¹⁸. Il est d'ailleurs significatif qu'en Autriche,

16. E. Smith, « Sur la nécessité logique de l'accès à un juge constitutionnel », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 932.

17. M. Verdussen, « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les cours constitutionnelles », in *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context* (ed. F. Fernandez Sagado), Madrid, Dykinson, 2003, p. 1556.

18. H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *Rev. dr. publ.*, 1928, p. 237-238.

la Cour constitutionnelle est autorisée par la Constitution à recourir au procédé de l'application autonome. Il en est de même dans plusieurs États d'Europe centrale et orientale, comme la Hongrie, la République tchèque, la Bulgarie et la Pologne. Pourtant, d'autres États n'y recourent pas. Ainsi, en Belgique, à deux reprises – en 1980 et en 2003 –, il a été envisagé de permettre à la Cour constitutionnelle de faire une application autonome de droits fondamentaux consacrés par des traités internationaux. Ces tentatives n'ont pas abouti, de telle sorte que les juridictions ordinaires – judiciaires et administratives – sont restées seules compétentes pour examiner, à titre incident, la conformité des normes législatives par rapport aux traités internationaux directement applicables, et ce, en vertu de la jurisprudence définie par la Cour de cassation dans l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971. La responsabilité réservée ainsi au juge ordinaire est exclusive de toute intervention de la Cour constitutionnelle en ce domaine. Cette dernière l'a parfaitement compris, n'ayant de cesse de rappeler que ni le Constituant, ni le législateur spécial ne lui ont conféré le pouvoir de censurer des règles législatives pour violation directe de dispositions d'un traité international. Cela étant, quand elle est saisie d'une demande alléguant une violation d'un droit fondamental reconnu par la Constitution, la Cour constitutionnelle n'hésite pas à interpréter ce droit à la lumière de droits similaires, reconnus au niveau international. Elle va même jusqu'à affirmer que « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause ». En Belgique, comme dans d'autres États analogues, l'interprétation des droits fondamentaux, loin d'être réservée à une seule juridiction, est donc partagée entre toutes les juridictions. Les divergences que génère inévitablement cette situation concurrentielle sont plutôt rares. En réalité, le risque d'une « guerre des juges » se révèle dans l'interprétation des normes contrôlées davantage que dans celle des normes de contrôle. Mais c'est là une autre histoire...

L'on se risque à une dernière remarque. Il est surprenant que, sous réserve d'une modification mineure – mais hautement souhaitable¹⁹ – sur la participation des anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel, le rapport ne préconise aucune réforme dans la composition de ce dernier. À la lumière des enseignements du droit constitutionnel comparé, cette composition est doublement problématique. Tout d'abord, ni l'Assemblée nationale, ni le Sénat n'interviennent comme

19. R. Badinter, « Une exception française : les anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 518.

tels dans la nomination des juges. Or, dans les États où les juges constitutionnels ne sont pas élus par le Parlement, il revient généralement à ce dernier, ou à l'une de ses composantes, de présenter des candidats. Le rapport n'envisage pas pareille formule, se limitant à recommander l'avis d'une commission parlementaire mixte sur les candidats dont la nomination est envisagée. Ensuite, l'accès au Conseil constitutionnel n'est pas réservé à des personnes ayant reçu une formation en droit. Or, qu'on le veuille ou non, le contrôle de la constitutionnalité des lois relève de la fonction de juger²⁰. De toute Cour constitutionnelle, on attend qu'elle utilise un langage juridique au service de raisonnements juridiques, ce qui exige de ses membres une maîtrise suffisante des exigences de la dialectique juridique. Certes, la fonction de juger ne se réduit plus au maniement du syllogisme judiciaire. Le juge – et spécialement le juge constitutionnel – n'est plus simplement « la bouche de la loi ». La modernité l'a élevé au rang d'un créateur. Il lui revient de pondérer les intérêts en présence, de concilier les valeurs en conflit et de répartir les droits en jeu. Le « juge-arbitre » s'est mué en un « juge-entraîneur » et même en un « juge-intermédiaire »²¹. Il est aussi un « réparateur sociologique »²². Mais il n'en demeure pas moins un juge, avec les aptitudes particulières que cette office suppose.

V – SUR LE CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE

Par-delà les singularités qui distinguent le Conseil supérieur de la magistrature (en France ou en Italie), le Conseil général du pouvoir judiciaire (en Espagne) ou encore le Conseil supérieur de la justice (en Belgique), il existe bel et bien en ce domaine « un modèle européen »²³. Partout, le Conseil jouit d'un statut d'indépendance qui le place à l'intersection des trois pouvoirs constitutionnels. Il est composé de magistrats, élus par leurs pairs, mais aussi de représentants de la société civile. Il se prononce essentiellement par voie d'avis. Il a pour mission de contribuer à la confiance des citoyens dans la justice, ce qui lui vaut parfois d'être saisi par ces mêmes citoyens.

Les propositions du comité Ballardur sur le Conseil supérieur de la magistrature contribuent à rapprocher ce dernier du modèle européen. La suppression de la présidence du Conseil par le Président de la Répu-

20. Voy. M. Verdussen, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, p. 54-55.

21. F. Ost, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruxelles, Bruylant, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, 2002, p. 17.

22. P. Martens, « La sociologie juridique existe-t-elle ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 835.

23. T. S. Renoux, « Rapport de synthèse », in *Les Conseils supérieurs de la magistrature*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 112.

blique confortera son indépendance. La diversification de sa composition favorisera son ouverture vers la société civile. Sa saisine par les justiciables renforcera la confiance des citoyens dans l'institution judiciaire.

Un des principes qui a guidé le comité Ballardur dans l'élaboration de ces propositions réside dans la nécessité pour la société de pouvoir « demander compte des défauts de fonctionnement éventuels du service public de la justice ». À la différence de la responsabilité civile, disciplinaire ou pénale, la responsabilité sociale n'implique pas la violation du droit et ne conduit pas à des sanctions juridiques. Elle se conçoit d'ailleurs sur une base non conflictuelle. Antoine Garapon et Denis Salas n'écrivent-ils pas qu'« une justice comptable de ses décisions devant l'État et devant la société civile doit être pensée en dehors de toute situation paroxystique »²⁴ ? La responsabilité sociale profile un lien positif entre la communauté des juges et la société des citoyens²⁵. Pour un juge, être socialement responsable, c'est se montrer digne de la confiance que les citoyens lui accordent et être à la hauteur des exigences nouvelles que la société lui impose. En ce sens, la responsabilité sociale des juges est une responsabilité qu'ils assument collectivement, mais qui repose sur une culture judiciaire vécue par chacun d'eux comme une éthique personnelle.

VI – SUR LA GESTION DU PASSÉ

Dans nos sociétés contemporaines, la question du poids du passé est plus présente que jamais. La recherche d'un équilibre entre une quête de mémoire et un besoin d'oubli est aujourd'hui un défi crucial. Moutt débats récents le rappellent un peu partout en Europe. Certes, une Constitution n'a sans doute pas vocation à intervenir directement dans une entreprise de pondération réciproque entre ces deux modes de gestion du passé. Elle n'a pas à imposer un devoir constitutionnel de mémoire, ni à consacrer un droit constitutionnel à l'oubli. Il reste qu'une Constitution moderne est une Constitution qui reflète les tendances profondes et les préoccupations majeures de la société qu'elle régit et dont elle est censée exprimer les valeurs les plus significatives. Voilà pourquoi, au cœur de l'interaction entre mémoire et oubli, punition et pardon, inclémence et clémence, des mesures comme la grâce et l'amnistie méritent d'être replacées au centre du débat constituant²⁶.

24. A. Garapon et D. Salas, *Les nouvelles sorcières de Salem – Leçons d'Outreau*, Paris, Seuil, 2006, p. 148.

25. Voy. M. Verdussen, « La responsabilité politique et sociale des magistrats », in *La responsabilité professionnelle des magistrats*, Bruxelles, Bruylant, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice (à paraître).

26. Voy. M. Verdussen et E. Degrave, *La clémence et la Constitution belge – Amnistie, grâce et prescription*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 157.

En entendant corriger deux « anomalies » relatives à la grâce présidentielle, le comité Balladur franchit un premier pas en ce sens. Celui-ci paraît toutefois bien insuffisant.

Il est heureux que le rapport se prononce en faveur de l'abandon des grâces collectives. En France et ailleurs, celles-ci tombent progressivement en désuétude. Elles suscitent, en effet, une certaine incompréhension dans la société en général et dans le monde judiciaire en particulier. N'est-ce pas « un profond désarroi pour le praticien judiciaire que de constater que, moderne Pénélope, nos institutions puissent réduire à néant des milliers de peines régulièrement prononcées »²⁷ ? Les grâces collectives s'écartent d'ailleurs de la vocation originale du pouvoir de faire grâce, qui revêt avant tout un caractère individuel et concret. Certains textes constitutionnels, telle la Loi fondamentale allemande²⁸, restreignent d'ailleurs l'exercice de la grâce aux cas individuels. Mais qu'en est-il de l'amnistie collective et de la grâce « amnistiante » ? Le rapport n'en souffle mot.

Il est également heureux que le rapport se préoccupe de mieux encadrer les grâces individuelles. La voie choisie – la consultation du Conseil supérieur de la magistrature – est-elle pour autant la plus appropriée ? Le pouvoir de faire grâce est parfois assorti d'une obligation de consultation, comme en Finlande (avis de la Cour suprême) ou en Grèce (avis d'un conseil composé majoritairement de magistrats)²⁹. Cela suffit-il à obvier aux risques d'erreurs ou d'abus ? On se permet d'en douter. En France, comme en Belgique, on s'accorde généralement pour considérer qu'un arrêté de grâce ne peut être déféré à la censure du Conseil d'État. Tel est du moins l'enseignement qui se dégage de la jurisprudence traditionnelle, qui fait échapper à la compétence du juge administratif les actes de l'administration se rattachant à l'exécution des jugements et arrêts, au motif qu'ils participeraient d'une collaboration offerte par l'administration au pouvoir judiciaire. Cette jurisprudence nous semble discutable. Il ne devrait souffrir aucune contestation possible que les actes du pouvoir exécutif qui se rattachent uniquement à l'exécution des décisions du pouvoir judiciaire – et a fortiori les arrêtés de grâce – ne représentent pas une immixtion dans l'accomplissement des fonctions propres à ce dernier. Le juge judiciaire a rendu une décision coulée en force de chose jugée. Il a ainsi définitivement épuisé son office. Le pouvoir exécutif prend le relais, cette fois dans le cadre de ses propres fonctions. Ne faut-il pas admettre, avec Gaston Jèze, qu'il n'existe « aucun obstacle juridique à ce que le recours pour excès de pouvoir fût déclaré recevable

27. G. du Mesnil du Buisson et E. De Andreis, « Pénélope et la justice ou "de grâce, Monsieur le Président..." », *Le Monde*, 30 juillet 2004.

28. Art. 60, § 2, de la Loi fondamentale allemande.

29. Art. 105, al. 1^{er}, de la Constitution finlandaise et art. 47, § 1^{er}, de la Constitution grecque.

contre une décision de grâce »³⁰ ? Comment ne pas voir qu'il y va de l'intérêt même de la fonction juridictionnelle ? Au demeurant, un État de droit moderne s'accommode difficilement de la soustraction d'actes publics à tout contrôle juridictionnel.

Par ailleurs, le rapport évoque indirectement ces lois – dites « mémorielles » – par lesquelles les élus de la Nation, au risque de déclencher une guerre des mémoires, tiennent à reconnaître officiellement l'existence de certains événements du passé. En votant quatre lois mémorielles dans la période récente, le Parlement français n'a-t-il pas succombé à la tentation d'une « simplification manichéenne » de l'étude de l'histoire³¹ et surtout oublié que l'écriture de la vérité historique – aussi incontestable soit-elle – ne relève pas d'une majorité parlementaire³² ? A notre sens, il revient au constituant de se saisir d'une question aussi primordiale. Le rapport ne réclame pas vraiment un tel débat. Afin d'éviter l'adoption de lois dénuées de portée normative, il entend que soit rétabli le droit pour le Parlement de voter des résolutions, laissant ainsi aux parlementaires la possibilité d'exprimer des opinions sur la véracité de faits historiques.

VII – SUR LES ÉTATS DE CRISE

Pour un État confronté à une menace terroriste – ou à tout autre péril grave –, il peut être tentant d'adopter des mesures exceptionnelles, qui suspendent l'application de dispositions constitutionnelles et spécialement de droits fondamentaux³³. Certains textes constitutionnels ne prévoient pas une telle solution, ce qui peut s'expliquer par des expériences historiques malheureuses, comme au Japon par exemple. Parfois, la Constitution s'y oppose même formellement, en disposant que, quelles que soient la gravité et l'intensité de la menace, il ne saurait être question de s'écarter des règles constitutionnelles. La Constitution belge, par exemple, « ne peut être suspendue en tout ni en partie »³⁴. D'autres textes constitutionnels, à l'inverse, envisagent expressément une telle suspension, tout en l'encadrant. On retiendra le cas de l'Espagne, dont la Constitution permet à une loi organique de « déterminer la forme et les cas où, à titre individuel et avec l'intervention judiciaire nécessaire et le contrôle parlementaire adéquat », certains droits constitutionnels « peu-

30. G. Jèze, « Nature juridique de la grâce, de l'amnistie et de la grâce amnistiante », *Rev. dr. publ.*, 1924, p. 440.

31. T. Todorov, *L'esprit des Lumières*, Paris, Robert Laffont, 2006, p. 77.

32. R. Rémond, *Quand l'État se mêle de l'Histoire*, Paris, Stock, 2006, p. 41.

33. Voy. M. Verdussen, « Les tentations des sociétés démocratiques dans la lutte contre le terrorisme », in *Annuaire international des droits de l'homme*, 2006, vol. I, p. 350-354.

34. Art. 187 de la Constitution belge.

vent être suspendus à l'égard de personnes déterminées, dans le cadre des enquêtes sur l'action de bandes armées ou d'éléments terroristes » ; sont visés le droit à la limitation dans le temps de la garde à vue, le droit à l'inviolabilité du domicile et le droit au secret des communications³⁵.

L'introduction dans la Constitution d'un mécanisme de suspension de l'exercice des droits fondamentaux – une « emergency constitution », selon l'expression du professeur Ackerman³⁶ – témoigne sans conteste d'un souci de pragmatisme constitutionnel. La solution n'en est pas moins périlleuse. Elle doit, en tout cas, être entourée de toutes les garanties indispensables. Tout d'abord, la suspension doit être décrétée par le législateur. Ensuite, elle ne peut aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif visé. C'est ainsi que les mesures dérogatoires doivent être proportionnées. C'est ainsi également qu'elles doivent être limitées dans le temps. La tentation est grande, à cet égard, de prolonger ou de proroger des mesures conçues comme provisoires et, par là, d'institutionnaliser un régime exceptionnel.

En proposant de modifier l'article 16 de la Constitution, le comité Ballardur entend précisément obvier au risque d'une perpétuation excessive des mesures dérogatoires que le Président de la République peut décréter pour faire face à des circonstances exceptionnelles. L'idée est de permettre au Conseil constitutionnel de s'assurer que la prolongation de telles mesures présidentielles se justifie pleinement. Il n'est pas certain que cette proposition apaisera complètement les craintes de ceux qui voient dans l'article 16 un danger potentiel pour la démocratie. L'observateur étranger ne peut manquer de constater que la procédure de crise organisée par cette disposition exorbitante ne laisse aucune place à l'intervention du Parlement, ce dont semble s'accommoder le comité Ballardur.

En cette matière comme en tant d'autres, tout est une question de mesure et de proportionnalité. Le nœud du débat ne réside pas dans le choix entre une vénération absolue et dogmatique pour les droits fondamentaux et une croisade impitoyable et sans bornes contre le terrorisme. Il ne s'agit pas de choisir entre le juridisme et le réalisme, comme si l'un excluait nécessairement l'autre. Il s'agit plutôt de définir un équilibre entre des impératifs qui ne sont pas aussi inconciliables qu'on veut bien le dire.

C'est animé de sentiments partagés que l'observateur étranger sort de la lecture du rapport du comité Ballardur.

— *Un sentiment d'engouement* : pour le comparatiste, le rapport est sans conteste une mine d'informations précieuses et une source de réflexions

35. Art. 55, § 2, de la Constitution espagnole.

36. B. Ackerman, « The Emergency Constitution », *Yale L. J.*, 2004, vol. 113, p. 1029-1092.

sérieuses. Le comparatisme a pour objectif d'apprécier et, le cas échéant, d'améliorer son propre système normatif à l'aune de repères tirés d'une analyse de systèmes normatifs comparables, mais il a aussi pour objectif de mettre en perspective des espaces normatifs afin notamment de les inscrire dans un horizon plus vaste. L'apport des travaux du comité Balladur pour ces deux formes de comparatisme – d'évaluation et de modélisation – est incontestable. En cela, il est très enthousiasmant.

— *Un sentiment de soulagement* : à maints égards, le rapport formule des propositions tendant à conformer davantage certaines institutions à des modèles d'autant plus probants qu'ils sont dominants sur le continent européen. L'on pense ici tout particulièrement au Parlement, au Conseil constitutionnel, au Conseil supérieur de la magistrature et au Médiateur de la République, appelé à se muer en un Défenseur des droits fondamentaux. Sur ces différents points, et sur bien d'autres, le rapport s'attache à mettre un terme à l'« exception constitutionnelle française », par des mesures qui parfois marquent une rupture sensible avec des pratiques séculaires. Vu de l'extérieur, la plus spectaculaire est sans conteste celle sur le mandat parlementaire unique. Mieux encore, il est des propositions qui participent d'une évolution constitutionnelle globale du rôle des pouvoirs et des rapports qu'ils entretiennent.

— *Un sentiment d'étonnement* : quelques suggestions sont plus déconcertantes, tant leur pertinence semble prêter à discussion, à plus fortes raisons lorsqu'elles risquent de produire des turbulences dans les relations entre institutions. Ce risque nous paraît découler, par exemple, de la possibilité de recourir au peuple souverain pour trancher une divergence entre assemblées parlementaires en matière de révision constitutionnelle. C'est là une formule insolite dans le concert des États de droit constitutionnel.

— *Un sentiment de désenchantement* : de l'un ou l'autre passage – ou silence – du rapport, il se dégage un goût d'amertume. Sans doute était-il illusoire d'escompter une réduction décisive de la profonde ambiguïté du bicéphalisme du pouvoir exécutif ou encore une refonte complète du catalogue des droits fondamentaux. Est, en revanche, moins compréhensible la frilosité des mesures relatives aux prérogatives personnelles du Président de la République, tout spécialement en cas de crise.

Ce dernier constat ne saurait faire oublier les nombreux atouts d'un rapport qui a, entre autres mérites, celui de reconfigurer le paysage institutionnel de la France en tirant parti des expériences constitutionnelles de ses voisins européens tout en ne gommant pas le caractère profondément national du droit constitutionnel. Comme le déclarait à *L'Express* le professeur Anne Leva-de à la sortie de la première réunion du comité Balladur – c'était le 18 juillet 2007 –, « le "copier-coller" de l'étranger ne fonctionne pas », mais « on peut par contre s'en inspirer ». Nous ne saurions mieux dire.

DÉBAT

QUESTION

La rédaction d'un catalogue des droits fondamentaux remettrait-elle en cause la possibilité pour le Conseil constitutionnel de dégager au fur et à mesure des cas d'espèce des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ?

XAVIER PHILIPPE

La proposition que je formulais partait d'un constat simple consistant à écrire ce qui existe aujourd'hui non seulement sur le plan textuel, mais également sur le plan jurisprudentiel. Le catalogue ainsi obtenu serait déjà particulièrement fourni et il ne me semblerait pas nécessaire de maintenir la présence de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». D'autre part, si on analyse cette catégorie, on constate chez elle une tendance à s'épuiser compte tenu des conditions fixées par le Conseil constitutionnel lui-même pour la reconnaissance d'un tel principe. La juridiction constitutionnelle possède par ailleurs d'autres ressources en matière d'interprétation des droits notamment pour se passer de la catégorie des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Confrontée à une nouvelle question, elle devrait pouvoir utiliser le catalogue qu'elle a à sa disposition, que ce soit dans sa forme éclatée actuelle ou que ce soit sous la forme d'un catalogue réécrit. Je ne serai donc pas personnellement pour le maintien de cette catégorie qui s'inscrit aujourd'hui dans un contexte historique bien précis. Cela étant, je ne pense pas que cela changerait grand chose pour le juge constitutionnel qui dispose déjà d'un arsenal important, que ce soit en matière de normes de références ou en matière de techniques d'interprétation.

DIDIER MAUS

Je voudrais revenir sur un point évoqué par Marc Verdussen et par d'autres qui est celui de la responsabilité du Président de la République. On n'a pas fait grand chose pour réduire le rôle du Président de la République. Je ne vois pas très bien comment réduire un rôle qui d'après la Constitution est relativement limité. Ce n'est que grâce à la complicité volontaire d'autres organes et à la situation politique que le Président de la République est ce qu'il est. M. Jacques Chirac entre 1997 et 1992 n'était pas dans la même situation que M. Sarkozy aujourd'hui.

Je voudrais évoquer la modification de l'article 68 de la Constitution effectuée par la révision constitutionnelle du 23 février 2007 faisant suite au rapport de Pierre Avril de 2002 et spécialement à la phrase suivante : « le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». Comme la commission Pierre Avril était tenue au secret à la différence du comité Balladur, je ne peux pas dire comment nous sommes arrivés à cette rédaction, mais je peux dire comment on peut l'explicitier. Dans l'esprit d'un certain nombre de personnes, et de l'auteur de cette disposition, la rédaction telle qu'elle est là, est en réalité issue de propos du doyen Vedel qui enseignait que la haute trahison, for-

mule ancienne, c'est « le manquement grave aux devoirs de la charge ». Comme on ne savait pas comment la définir, on en est arrivé à la définition d'aujourd'hui. Il me semble qu'il y a maintenant deux échelons de responsabilité dans la système de la V^e République : il y a la responsabilité parlementaire classique du Gouvernement, éventuellement porte-parole de l'action du Président de la République pour ce qui est de la politique quotidienne devant le Parlement dans les conditions de l'article 49. Et puis il y a cette phrase de l'article 68 qui, en réalité, est la contrepartie de la mission confiée au Président de la République en vertu de l'article 5, laquelle a été rappelée par certains aujourd'hui : le Président de la République arbitre du bon fonctionnement des pouvoirs publics, garant de l'indépendance nationale, etc. Si le Président de la République manque d'une manière ou d'une autre à la compétence générale qui est la sienne en vertu de l'article 5, on pourrait faire fonctionner parfaitement l'article 68 alinéa 1, il n'y a pas d'impossibilité. C'est pourquoi, à différentes reprises, j'ai essayé de convaincre mes interlocuteurs, pour l'instant sans trop de succès, qu'il ne fallait pas analyser cet article comme étant une ancienne forme de responsabilité pénale mise au goût du jour, mais comme étant une responsabilité constitutionnelle, ce qui est totalement différent de la responsabilité politique. La responsabilité politique, c'est « vous gouvernez bien ou vous gouvernez mal », la responsabilité constitutionnelle c'est « vous remplissez bien ou mal la mission de Président de la République telle qu'elle vous est confiée par l'article 5 de la Constitution ». Il me semble que la révision de 2007 à laquelle le comité Balladur ne propose pas de toucher, est en réalité un des maillons qui manquaient par rapport à l'article 5 de 1958, mais il était impossible de le faire à l'époque. Quant à savoir ce qu'est un « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice du mandat », il est évident que toutes les options sont ouvertes : si vous ne convoquez pas le Conseil des ministres pendant un mois, si vous ne promulgez pas la loi, ... si vous ne faites pas fonctionner les institutions correctement, c'est un manquement ; si vous concluez des accords internationaux qui par exemple feraient passer la France sous le statut de protectorat d'une autre entité, vous manquez à votre obligation de garant de l'indépendance nationale. Reste un domaine extraordinairement difficile à évoquer, mais qui n'est pas inexistant ; est-ce qu'un Président de la République peut avoir un comportement privé manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ? La situation a été évoquée avec le précédent Président de la République dans certaines hypothèses. On ne peut que prolonger le raisonnement.

KARINE FOUCHER*

J'ai deux remarques et une question.

Première remarque sur l'irresponsabilité politique de notre chef de l'État. Le comité Balladur ne résout pas la question du caractère « schizophrène » de notre régime politique : le Président de la République définit une politique pour laquelle il n'est pas responsable, le Premier ministre est responsable d'une politique qu'il ne détermine pas. Cette déconnexion entre pouvoir et responsabilité, que le général de Gaulle n'a pas souhaitée puisqu'il a lui-même engagé

* Maître de conférences à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes.

sa responsabilité électorale à plusieurs reprises, est tout de même le problème majeur de nos institutions.

Deuxième remarque s'agissant du catalogue des droits fondamentaux : cela va de pair avec les procédures juridictionnelles de défense de ces droits. Dans d'autres pays, Espagne, Allemagne, on a un tel catalogue parce qu'il existe différentes procédures pour défendre ces droits, et la Constitution doit déterminer quels droits sont justiciables de quelles procédures de garantie (recours direct, exception d'inconstitutionnalité ou simplement contrôle abstrait). Seuls les droits fondamentaux par exemple entrent dans le champ d'application du recours direct. Ou encore il est clairement précisé que les objectifs de politiques publiques ne sont pas directement applicables. C'est donc précisément parce qu'en France il n'existe pas différentes voies de saisine du Conseil constitutionnel et aussi parce que le rôle des juridictions ordinaires dans la défense des droits fondamentaux n'est pas explicitement reconnu par la Constitution, qu'on en reste à cette imprécision s'agissant des droits fondamentaux. Les deux iraient de pair, non seulement cataloguer les droits quant à leur objet, mais aussi quant au mode de protection juridictionnelle et à leur portée : quels sont les droits qui sont directement applicables et ceux qui ne le sont pas ? Ce serait la vertu d'une telle réforme quant au catalogue des droits fondamentaux.

J'ai aussi une question à vous poser : la réforme concernant l'exception d'inconstitutionnalité était selon les grands témoins de cette journée le point majeur de réflexion du Comité. Ce serait donc un échec si elle n'aboutissait pas. Il se dit cependant qu'elle est mal partie. Qu'en savez-vous précisément ?

XAVIER PHILIPPE

En tant que modeste observateur, je ne suis pas compétent pour répondre à votre question. En revanche, je suis tout à fait d'accord avec vous sur la nécessité d'engager simultanément les trois réformes : le catalogue, l'exception et la question des autorités constitutionnelles indépendantes. Il y a une logique d'ensemble dans tout cela et si l'on veut que cela fonctionne, il faut agir simultanément sur les trois terrains proposés. L'explication de la situation actuelle est liée à une évolution de notre régime constitutionnel qui s'est faite par à-coup et sans recherche de cohérence. La liaison des différentes questions évoquées me paraît fournir une occasion de redonner cette cohérence manquante.

PASCAL MBONGO*

Ma question portera sur les droits fondamentaux et l'exception d'inconstitutionnalité. La lecture du rapport de la commission Balladur – comme d'ailleurs celle autrefois du rapport Vedel – me porte à me demander si ces rapports ne développent pas une vision romantique des droits fondamentaux par une sorte de fétichisation des textes constitutionnels.

Je pose cette question pour deux raisons :

1) Les droits fondamentaux ne sont pas des « faits de nature » et il ne suffit pas qu'ils soient dans un texte constitutionnel pour que leur substance normative soit ainsi définie *a priori* et connue des citoyens. Je prendrai deux

* Professeur à la Faculté de droit de Poitiers et à l'IEP de Paris.

exemples : bien que le premier amendement à la Constitution américaine soit considéré comme étant l'une des dispositions constitutionnelles les plus familières aux citoyens américains, cette familiarité n'a cependant guère de résonance avec la jurisprudence abondante et complexe de la Cour suprême dont le premier amendement a fait l'objet, la substance effective du premier amendement ne se dégageant au fond que des nombreux litiges dont il fait l'objet. Deuxième exemple : supposons que dans le catalogue des droits fondamentaux que nous aurions nouvellement en France, on inscrive le principe de la liberté d'expression et/ou sa déclinaison qu'est la liberté de la presse. Et, que le pouvoir constituant accompagne ou non l'affirmation de ce principe d'un énoncé de ses limitations, il fera malgré tout l'objet de limitations découlant notamment de la nécessité de concilier son exercice avec l'exercice d'autres droits et libertés ou avec la garantie de certaines autres exigences constitutionnelles. Dans tous les cas, l'inscription « solennelle » de la liberté d'expression dans la Constitution nous dira-t-elle comment, concrètement, sera définie par exemple la protection des sources journalistiques, pour citer un problème actuel et complexe qui concerne autant la liberté d'expression que la sécurité nationale ou, plus prosaïquement, l'ordre public, l'impartialité des juges, etc. N'y a-t-il donc pas une sorte d'anachronisme à concevoir aujourd'hui encore les droits fondamentaux sur le registre de leur reconnaissance et une sorte de « fétichisme constitutionnel » à oublier ainsi leur dimension fondamentalement conflictuelle ?

2) D'autre part, l'effectivité des droits fondamentaux dépend également de la culture politique à laquelle ces droits sont adossés. Et la culture politique considérée comme étant la plus favorable à cette effectivité est celle qui présuppose ou suppose une société capable de s'autoréguler. On cite en général souvent dans ce registre les États-Unis, le Royaume-Uni ou, dans une certaine mesure, l'Allemagne. Or si l'on admet l'hypothèse qu'en France nous sommes plutôt dans une culture politique caractéristique d'une société régulée par l'État, on peut se demander si la conception des droits fondamentaux se dégageant du rapport de la commission Balladur s'inscrit bien dans cette culture politique – auquel cas serait-on en présence d'une conception élitiste, pour ne pas dire « aristocratique » des droits fondamentaux – ou si elle relève d'une tentative de dépassement de cette culture politique. Cette question me semble devoir être posée dans la mesure où l'un des repoussoirs les plus prégnants de notre discours politique et doctrinal est la « juridicisation » et la « judiciarisation » des rapports sociaux. Comment concilier dès lors d'une part le nouveau catalogue des droits fondamentaux envisagé – c'est-à-dire par hypothèse de nouveaux objets contentieux –, l'exception d'inconstitutionnalité confiée aux juges ordinaires et au Conseil constitutionnel et, d'autre part, cette prévention que nous avons par ailleurs contre une société judiciarisée ?

MARC VERDUSSEN

L'appropriation par les citoyens des droits fondamentaux est une chose tout à fait fondamentale. Sans sombrer dans le fétichisme, j'ai le sentiment que la première étape pour le citoyen est de disposer d'un catalogue clair et intelligible de droits fondamentaux, *mais* je suis d'accord avec vous que cela ne suffit absolument pas. Une seconde étape consiste à inscrire les droits fondamentaux

au cœur du prétoire du juge ordinaire. C'est une des raisons pour lesquelles l'exception d'inconstitutionnalité me paraît être une chose fondamentale. Aux États-Unis, pour utiliser un langage propre à Habermas, il y a un patriotisme constitutionnel beaucoup plus important qu'en Europe, parce que précisément le contentieux des droits fondamentaux fait partie de la justice ordinaire et de la culture politique des *citoyens*.

XAVIER PHILIPPE

Je suis tout sauf un romantique ! Je pense qu'au contraire les idées de réécriture d'un catalogue et d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception sont faites pour être opérationnelles. Nombre d'États se sont lancés, dans le cadre de Constitutions nouvelles et modernes – j'en connais bien un pour y avoir vécu longtemps, l'Afrique du Sud – dans cette protection des droits fondamentaux alors qu'ils ne possédaient pas cette culture et avaient même été le théâtre de violations massives. Ils ont développé en une dizaine d'années une jurisprudence constitutionnelle accessible aux citoyens sur des questions extrêmement graves et dans lesquelles les juridictions constitutionnelles ont réussi à prendre un certain nombre de décisions garantissant des droits concrets et effectifs : accès à la trithérapie pour les personnes atteintes du sida, peine de mort, accès aux services de santé, au logement. Je comprends les raisons qui vous poussent à douter de cette efficacité, mais je crois que l'on peut également avoir une vision tout à fait pragmatique et opérationnelle des droits fondamentaux. C'est en tout cas celle que je défends. La clarté et l'accessibilité des procédures qui permettent de défendre ces droits notamment devant le juge ordinaire sont tout à fait nécessaires, tout cela évidemment sous le contrôle d'une juridiction constitutionnelle.

Les solutions ne manquent pas. Dans l'hypothèse que je citais précédemment, une solution – parmi d'autres – consiste pour les juridictions ordinaires à se prononcer sur la question de constitutionnalité, mais à faire homologuer leurs décisions par la juridiction constitutionnelle (une sorte de contrôle concentré automatique). Cela fonctionne ! Il n'y a bien sûr pas d'obligation d'imitation mais les solutions techniques existent. Le débat ne doit pas être tronqué : il s'agit d'une question de volonté, de pragmatisme et de praticabilité des solutions mises en œuvre et d'un choix... politique.

QUESTION

Professeur Verdussen, vous vous êtes dit désenchanté parce qu'on n'avait pas ouvert une brèche sur la question de l'irresponsabilité politique du chef de l'État. Qu'est-ce que vous auriez attendu des propositions du comité Balladur ?

MARC VERDUSSEN

Je n'ai pas de solution « clé-sur-porte » à donner. Je me suis simplement borné à formuler un constat d'anormalité, car il me semble effectivement étonnant qu'une autorité exécutive qui a autant de pouvoir n'ait pas la possibilité d'être amenée à assumer cette responsabilité devant la représentation nationale. Sous quelle forme, selon quelles modalités, avec quelles conditions ? Je n'ai pas une connaissance suffisante de votre droit constitutionnel pour avoir l'outrecuidance de présenter une solution *précise*.