

COMITE DE REFLEXION
SUR LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION

Rapport au Président de la République

Décembre 2008

Table des matières

Introduction.....	3
Constitution et Préambule.....	6
Le Préambule de la Constitution de 1958.....	9
Première partie : La doctrine du comité	19
A. Respecter l'héritage constitutionnel français.....	20
1. La richesse de l'héritage	20
2. La préservation de l'héritage	26
B. Assurer l'intangibilité de l'œuvre constitutionnelle récente.....	28
C. Ne suggérer d'enrichissement du Préambule que s'il possède sans conteste un effet utile	30
1. Le refus d'inscrire des dispositions de portée purement symbolique.....	30
2. Le refus de codifier la jurisprudence constitutionnelle	35
D. Conserver à l'intervention du pouvoir constituant sa valeur d'ultime recours	40
Deuxième partie : Les réponses du comité	43
A. L'ancrage européen de la République	44
1. Inscrire une nouvelle référence générale à l'ordre juridique européen ?.....	45
2. Inscrire une référence spécifique aux traités internationaux et européens de protection des droits fondamentaux ?.....	52
B. La parité entre les hommes et les femmes.....	58
1. La situation avant la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.....	58
2. L'intervention du pouvoir constituant.....	63
C. Diversité, action positive, égalité des chances	64
1. La prohibition des discriminations fondées sur l'origine, la race ou la religion	66
2. L'importance des marges de manœuvre offerte par le cadre constitutionnel actuel pour mettre en œuvre des politiques d'action positive.....	72
3. Le renoncement à la voie constitutionnelle au profit du développement des politiques concrètes d'action positive	79
D. Le pluralisme des courants d'expression et des médias	84
1. L'état du droit avant la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.....	84
2. L'intervention du pouvoir constituant.....	89

E. Le respect de la vie privée et la protection des données personnelles	91
1. La problématique	91
2. Constitutionnalisation et effet utile	93
3. Constitutionnalisation et adaptabilité	99
F. La bioéthique	104
1. La richesse du corpus législatif et jurisprudentiel	105
2. La pertinence de la voie législative et jurisprudentielle	113
G. La reconnaissance du principe de dignité de la personne humaine	117
1. Une présence juridique déjà généralisée et protéiforme	118
2. Un contenu multiple et incertain	128
3. L'opportunité d'une constitutionnalisation sélective et maîtrisée	132
Conclusion	136
Annexes	144
Annexe 1 : Décret n° 2008-328 portant création d'un comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution (composition et lettre de mission)	145
Annexe 2 : Le Préambule de la Constitution de la V ^e République	147
Annexe 3 : Liste des personnalités entendues	155
Annexe 4 : Comptes-rendus des interventions des personnalités auditionnées	158

Introduction

« *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* » : si, dès la fin du XVIII^e siècle, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a défini ce qu'est une Constitution, ce n'est qu'au milieu du XX^e siècle que ce texte a acquis sa pleine dimension.

Longtemps en effet, la Constitution n'a été envisagée en France que comme l'ensemble des normes juridiques régissant l'organisation des pouvoirs publics et c'est seulement lorsque le Conseil constitutionnel a conféré valeur constitutionnelle aux dispositions de la Déclaration de 1789 et à celles du Préambule de 1946 que les droits et libertés énoncés dans ces textes (d'aucuns figurent dans le corps même de la Constitution) et réduits jusqu'alors à l'état de demi-sommeil juridique ont fait partie intégrante de la vie de nos concitoyens : la Constitution-charte des droits et libertés s'est alors élevée au niveau de la Constitution-séparation des pouvoirs.

Cette véritable révolution dans le droit constitutionnel français a produit une rupture d'autant plus forte qu'elle a eu pour effet de faire entrer dans le « *bloc de constitutionnalité* » des principes proclamés en 1789 et en 1946, plus généraux ou moins précis que ceux qui figurent dans le texte de la Constitution de 1958 proprement dite et autorisant donc au juge de la rue Montpensier ou plutôt exigeant de lui davantage de créativité dans l'interprétation des normes de référence. Le juge constitutionnel a été ainsi amené, à travers le contrôle de constitutionnalité des lois, à formuler les principes constitutionnels qui fondent celles-ci, tout en n'hésitant pas à *découvrir* lui-même de nouveaux principes, en symbiose avec l'évolution de la société, exprimant ainsi une certaine « *idée de droit* », selon le mot célèbre de Georges Burdeau.

Au lendemain de son élection, prenant acte des changements et des transformations intervenus dans le monde et la société française depuis un demi-siècle, le Président de la République décidait d'engager une réflexion approfondie, d'une part sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, d'autre part sur la consécration ou la réaffirmation de valeurs fondamentales, manifestant sa volonté que « *notre Constitution soit à nouveau en avance sur son temps* »¹.

Les travaux du comité présidé par M. Edouard Balladur, auquel avait été confié, par décret du 18 juillet 2007², le soin d'émettre des propositions sur le premier point, ont conduit à l'importante réforme institutionnelle votée le 21 juillet 2008 par le Parlement réuni en Congrès à Versailles³.

La mission confiée quelques mois plus tard au comité présidé par Mme Simone Veil⁴ était d'une autre nature : certes, les droits des gouvernés cohabitent avec les droits des gouvernants à l'intérieur d'un même ensemble et la conception d'une société quant à ses valeurs profondes rejait nécessairement sur l'organisation des pouvoirs publics, mais il s'agit ici de déterminer, ainsi que l'a précisé le Président de la République, « *les libertés fondamentales reconnues à tout individu sur le sol de la République et le socle des valeurs dans lesquelles chacun de nos concitoyens peut se reconnaître* », c'est-à-dire « *des principes qui, au fond, définissent l'identité républicaine, disent ce que nous sommes et vers quoi nous voulons aller* » ; en d'autres termes, tout ce qui ressortit à l'individu en sa double qualité de personne humaine et de citoyen de la République.

Trois thèmes formulés sous forme de questions se posant « *avec une particulière acuité* » ont été proposés au comité de réflexion sur le Préambule de la

1. Intervention du Président de la République devant la presse au Palais de l'Élysée, 8 janvier 2008.

2. Décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007.

3. Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

4. Décret n° 2008-328 du 9 avril 2008 (annexe 1).

Constitution :

- doit-on permettre au législateur de mieux garantir l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités, en dehors même de la sphère politique ?

- y a-t-il des principes directeurs sur lesquels il conviendrait de fonder, au-delà de l'évolution des techniques, notre approche des problèmes liés à la bioéthique ?

- faut-il rendre possibles de nouvelles politiques d'intégration valorisant davantage la diversité de la société française pour favoriser le respect effectif du principe d'égalité ?

Quatre autres thèmes lui ont été suggérés :

- la reconnaissance du principe de dignité de la personne humaine,
- le pluralisme des courants d'expression et des médias,
- le respect de la vie privée et la protection des données personnelles,
- l'ancrage européen de la République.

L'examen de ces sujets très divers et empreints de modernité imposait préalablement au comité, qui, prenant part à l'histoire constitutionnelle française, se devait de tourner son regard vers le passé, mais aussi, et peut-être davantage encore, vers l'avenir, de délimiter très exactement et très précisément le contexte dans lequel s'inscrivait son action.

A cette fin, il devait d'abord mener une réflexion sur la notion même de Préambule, en particulier sur ses rapports avec la Constitution, sur sa signification et sur sa valeur juridique, en s'aidant de quelques exemples étrangers (1.).

Il devait ensuite, s'intéressant au Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, en examiner la méthode d'élaboration et le contenu, ainsi que les précédentes

tentatives de réforme (2.).

1. Constitution et Préambule

Un préambule, c'est, selon le Littré, « *ce qui s'écrit ou ce qui se dit avant de commencer quelque chose, et qui en est comme l'introduction, pour préparer le lecteur ou l'auditeur à ce qui doit suivre* » et, selon le Robert, « *ce dont on fait précéder un texte de loi pour en exposer les motifs, les buts* » ou encore « *un exposé d'intentions préalable à un discours, à un écrit* ». Sous cet angle, le Préambule d'une Constitution s'inspire d'une démarche littéraire.

Mais le Préambule d'une Constitution, dans sa spécificité française, peut être davantage qu'une introduction à la loi fondamentale : ce peut être aussi un texte en soi, qui énonce les principes et les droits des personnes. Préambule se confond plus ou moins, alors, avec Déclaration de droits.

A cet égard, les quinze Constitutions dont s'est dotée la France au cours d'une période longue de deux cent dix-sept années nous offrent un panorama varié : en 1791, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 est placée avant la Constitution qui comporte par ailleurs un Préambule innommé ; en 1793 et en 1795, une déclaration des droits (et des devoirs) de l'homme et du citoyen insérée au sein de la Constitution tient lieu de Préambule ; en 1814, en 1815 et en 1852, c'est un exposé des motifs ou « *proclamation* » qui vaut Préambule ; en 1848, en 1946 et en 1958, le Préambule, expressément désigné comme tel, correspond à une déclaration de principes et de droits.

Quelle est alors la signification d'un Préambule constitutionnel lorsqu'il s'agit d'autre chose que d'un simple exposé des motifs de la Constitution ?

Il n'est pas besoin d'insister sur l'importance des déclarations des droits dont l'origine s'explique par des raisons historiques. Elles traduisent avant tout la place

croissante de l'individu – auquel des libertés politiques et individuelles sont progressivement octroyées – face à l'Etat⁵.

Plus importante, pour ce qui concerne le présent rapport, est l'évolution de leur valeur juridique.

Sous la IV^e République, la Déclaration des droits était, en dépit d'une doctrine partagée, considérée tant par le juge administratif que par le juge judiciaire comme un ensemble de règles juridiquement obligatoires mais ne s'imposant pas à la loi : comme pour la Constitution proprement dite, sa violation était certes sanctionnée, mais seulement lorsque celle-ci résultait d'un acte administratif⁶ et non d'une loi, réputée exprimer la volonté générale⁷.

Sous la V^e République, il en fut ainsi tant que le Conseil constitutionnel, nouvellement chargé du contrôle de constitutionnalité des lois, se limita au rôle, assigné par la Constitution de 1958, d'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics : sa mission était cantonnée à l'examen de la répartition de leurs compétences. Mais il en fut autrement lorsque le Conseil affirma son indépendance en revendiquant un rôle de protecteur des libertés publiques et en opérant à cette fin ce que certains sont allés jusqu'à appeler un « coup d'Etat de droit » : mettant un terme à plusieurs controverses doctrinales et confirmant une jurisprudence du Conseil d'Etat du 12 février 1960⁸, il intégra, *de manière globale*, par sa décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971⁹, le Préambule de la Constitution de 1958 aux

5. Le destin de la Déclaration de 1789 est, au demeurant, assez remarquable à cet égard : placée en tête de la Constitution de 1791, elle disparaît presque aussitôt avant d'être ressuscitée par la Constitution de 1946 et reprise par celle de 1958, après avoir largement inspiré la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

6. Voir notamment CE, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des annamites de Paris*, Rec. p. 317, à propos de la liberté d'association.

7. C.E., Section, 6 novembre 1936, *Arrighi*, Rec. p. 966.

8. CE, Section, *Société Eky*, Lebon, p. 101, à propos du principe de légalité des délits et des peines issu de l'article 8 de la Déclaration de 1789, dont le Conseil d'Etat a jugé qu'il s'imposait à l'autorité administrative

9. CC, 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du*

normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Cette jurisprudence s'applique tout à la fois à la Déclaration de 1789¹⁰, au Préambule de 1946¹¹ et à la Charte de l'environnement de 2004¹², tous ces éléments faisant partie, avec le texte de la Constitution proprement dite, de ce qu'il est désormais convenu d'appeler le bloc de constitutionnalité. La décision de 1971¹³, qui a marqué le véritable acte de naissance de l'institution et qui n'a jamais été remise en cause par le constituant, devait ouvrir la voie, peu de temps après, à l'élargissement de la saisine du Conseil à soixante députés ou soixante sénateurs par la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974 et, très récemment, à l'exception d'inconstitutionnalité reconnue aux justiciables par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

En vertu de cette décision fondatrice, toutes les règles énoncées dans le Préambule ont donc une égale valeur constitutionnelle et sont réputées, par là même, ne pouvoir être hiérarchisées entre elles, de sorte qu'elles doivent faire l'objet d'une conciliation permanente puisque les éventuels conflits de normes ne peuvent être résolus en faisant prévaloir telle ou telle au prétexte, par exemple, de son caractère plus récent.

Le Préambule *à la française* présente ainsi une spécificité marquée par rapport à ceux, plus classiques, d'autres démocraties¹⁴. Mais si le positionnement de la

1er juillet 1901 relative au contrat d'association, JO du 18 juillet 1971, p. 7114.

10. CC, 27 décembre 1973, n° 73-51 DC, *Loi de finances pour 1974*, JO du 28 décembre 1973, p. 14004.

11. CC, 16 juillet 1971, préc. note 9.

12. CC, 28 avril 2005, n° 2005-514 DC, *Loi relative à la création du registre international français*, JO du 4 mai 2005, p. 4702 ; CC, 7 juillet 2005, n° 2005-516 DC, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, JO du 14 juillet 2005, p. 11789 ; CC, 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, JO du 26 juin 2008, p. 10228.

13. Certes, par une décision du 19 juin 1970 (n° 70-39 DC, JO du 21 juin 1970, p. 5806), le Conseil constitutionnel avait déjà consacré la valeur juridique du Préambule de la Constitution de 1958, mais la décision *Liberté d'association* est "celle qui le fait de la manière la plus éclatante, et à l'égard d'une loi et non plus d'un traité," et, "surtout", elle "explique la référence au Préambule" (Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14e édition, 2007, p. 245).

14. En République Fédérale d'Allemagne, le Préambule de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 constitue une simple introduction placée avant un titre consacré aux "droits fondamentaux".

plupart des droits et libertés dans le Préambule et non dans le corps même de la Constitution représente davantage une différence de forme que de fond, il a indéniablement eu pour conséquence de retarder la consécration de leur valeur constitutionnelle et de leur opposabilité au législateur. La V^e République allait heureusement fournir un terreau favorable.

2. Le Préambule de la Constitution de 1958

La France a une histoire constitutionnelle pour le moins mouvementée : c'est sans doute le pays qui, depuis la Révolution, a connu le plus grand nombre de Constitutions, une tous les quatorze ans en moyenne.

La Constitution de 1958, si elle a certes été révisée à diverses reprises, est celle qui peut se targuer de la plus importante longévité après celle de 1875, elle aussi modifiée plusieurs fois.

Généralement, une Constitution, faisant table rase du passé, s'inscrit en *réaction* par rapport à la précédente : la Constitution de 1958 a ainsi répudié celle de

En Espagne, la Constitution du 29 décembre 1978 est précédée d'un Préambule consistant en une proclamation de la nation espagnole et débute par un titre intitulé : "*Des droits et des devoirs fondamentaux*". En Italie, la Constitution du 27 décembre 1947 ne contient pas de Préambule : elle débute directement par un énoncé de "*principes fondamentaux*", suivi d'une première partie sur les "*droits et devoirs du citoyen*". En Belgique, il en est de même : la Constitution du 17 février 1994 comprend un titre II intitulé : "*Des Belges et de leurs droits*". En Suisse, il en est également ainsi : la Constitution fédérale du 18 avril 1999 contient un titre 2 intitulé : "*Droits fondamentaux, citoyenneté et buts sociaux*". En Angleterre, ce qui s'apparente à la Constitution est composé, d'une part, de textes multiples dont le plus ancien est la *Magna Carta* de 1215 et dont le plus célèbre est peut-être l'*Habeas Corpus Act* de 1679, d'autre part, de conventions à l'origine des institutions actuelles, le mouvement favorable à l'adoption d'une déclaration des droits sur le modèle de celles qui accompagnent les Constitutions écrites demeurant minoritaire en Angleterre où un tel modèle est perçu comme incompatible avec le principe de souveraineté du Parlement. Le *Human Rights Act* de 1998 est considéré comme le premier texte, depuis le *Bill of Rights* de 1688, à offrir une protection législative aux droits fondamentaux. La Constitution des Etats-Unis du 17 septembre 1787 est la Constitution écrite la plus ancienne. Mais ce sont les dix premiers amendements à la Constitution (sur 27 à ce jour), adoptés en 1791, qui sont présentés comme la Déclaration des droits de ce pays et qui, relatifs à la condition des personnes, consacrent des droits de l'individu et des droits du citoyen.

1946 qui avait elle-même rejeté celle de 1875 (le gouvernement de Vichy mis à part).

Mais, s'agissant des droits fondamentaux, c'est une autre option qui a été prise : le constituant de 1958 a délibérément choisi la voie de la *sédimentation*¹⁵ plutôt que celle de la réaction, la raison tenant sans doute à une certaine vision de l'histoire dans les démocraties occidentales, suivant laquelle un droit nouveau est toujours censé représenter un *progrès*, s'ajouter à ce qui précède plutôt que le remplacer ou le limiter. Les réformes constitutionnelles postérieures ont suivi cette voie : jamais le constituant - pas plus celui de 2008 que les précédents - n'est revenu sur un principe de valeur constitutionnelle¹⁶.

De prime abord, le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, composé de deux alinéas, se présente comme un texte en retrait par rapport à ses prédécesseurs, de sorte qu'il a pu être qualifié de « *préambule-croupion* »¹⁷. Et pourtant, il n'en est rien, car, en 1958, le Préambule se réfère expressément à deux textes, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. A partir de 2005, il se référera à trois textes, la Charte de l'environnement de 2004 s'ajoutant aux deux autres.

Le Préambule rédigé en 1958 n'énonce donc pas immédiatement de règles : il en appelle à des textes antérieurs. Pourquoi en a-t-il été ainsi ? Il semble que le constituant de 1958, « *soucieux avant tout de fonder un régime politique efficace, s'est davantage préoccupé de restaurer l'autorité de l'Etat et du gouvernement que de réécrire les droits*

15. Jean et Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 20e édition, 2005, p. 174.

16. Si d'aucuns considèrent que la parité, introduite dans la sphère politique en 1999 puis dans le champ professionnel et social en 2008, a fait exception à cette règle en permettant des dérogations au principe d'égalité dans sa conception traditionnelle, elle a été présentée par ses promoteurs, et majoritairement perçue, comme le moyen de mieux le mettre en œuvre ou comme un nouvel éclairage sur un idéal inchangé

17. V. Jean et Jean-Eric Gicquel, op. cit. p. 95.

de l'homme et du citoyen »¹⁸. Ce qui a fait dire à Georges Burdeau, dès le printemps 1959, que, « dans l'immédiat, la seule affirmation qu'autorise l'observation objective, c'est que le changement de régime se traduit exclusivement par une modification des techniques gouvernementales » et que, « ni la philosophie sociale, ni l'idéologie politique antérieure n'ont été atteintes »¹⁹.

Les trois textes qui composent le Préambule diffèrent par les circonstances historiques de leur élaboration, mais surtout par leur inspiration²⁰. Comme on le sait, la déclaration de 1789 est fondamentalement imprégnée de libéralisme et d'individualisme. Pour sa part, le Préambule de 1946 est « un discours juridique de facture politique »²¹, dont « l'ambition était tout à la fois de reconstruire la République et de rendre la société plus juste et plus solidaire »²². Son inspiration est indéniablement plus

18. Simon-Louis Formery, *La Constitution commentée article par article*, Hachette Supérieur, 11e édition 2007-2008, p. 6.

19. *La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958*, Revue française de science politique, mars 1959, p. 87.

20. Evoqué seulement le 19 juin 1789, le principe d'une déclaration des droits de l'homme fut admis par l'Assemblée le 4 août et c'est à partir d'un projet collectif élaboré en quelques jours que la Constituante allait voter, article par article, du 20 au 26 août, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, renvoyant l'examen d'autres articles à la fin des travaux sur la Constitution : oeuvre collective de synthèse, ce texte de plus de deux siècles qui nous régit encore et qui fait l'admiration des autres nations fut, en son temps, considéré comme inachevé. Ainsi, une motion Mougins de Roquefort du 27 août 1789 énonça-t-elle que « L'Assemblée nationale décrète qu'elle borne quant à présent la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen aux dix-sept articles qu'elle a arrêtés et qu'elle va procéder sans délais à fixer la Constitution de la France pour assurer la prospérité publique, sauf à ajouter après le travail de la Constitution les articles qu'elle croirait nécessaires pour compléter la déclaration ». De même, le député Bouche demanda le renvoi de l'examen des articles additionnels après la rédaction de la Constitution et proposa, afin de dissiper toute ambiguïté : « L'Assemblée Nationale reconnaît que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen n'est pas finie [...], qu'elle va s'occuper sans relâche de la Constitution ; si, dans le cours de sa discussion, il se présente quelque article qui mérite d'être inséré dans la Déclaration, il sera soumis à la délibération, lorsque la Constitution sera terminée », ce qui fut adopté. Cependant, contrairement à la volonté des constituants, le cours de la Révolution voulut que la Déclaration n'ait pas de suite. Sur ces aspects, v. Pierre Bercis, *Guide des droits de l'homme – La conquête des libertés*, EDICEF, 1993, p. 37 s.

21. Geneviève Koubi, in *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 9.

22. Gérard Conac, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu* in *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, sous la direction de Gérard Conac, Xavier Prétot et Gérard Teboul, Dalloz-Sirey, 2001, p. 4.

collective et plus sociale. C'est qu'à l'époque, deux données essentielles devaient être prises en compte : d'une part, « *le phénomène totalitaire qui impose le rappel des droits inaliénables et sacrés de l'homme* », d'autre part, « *des exigences sociales nouvelles qui imposent la consécration de principes nouveaux* »²³.

C'est en se les appropriant *ensemble* que la Constitution de 1958 a opéré la synthèse de ces deux courants. Sans aucun doute pour le meilleur. Comme l'écrit M. Guy Carcassonne, « *les dix-sept articles de 1789, complétés par les dix-huit alinéas de 1946, qui eux-mêmes incorporent les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, tiennent ainsi lieu de Déclaration des droits et libertés, suffisamment patinés par le temps pour n'être pas remis en cause, suffisamment éternels pour demeurer modernes, suffisamment précis pour être protecteurs et suffisamment vagues pour se prêter aux évolutions que le progrès a rendues nécessaires [...]* »²⁴.

Reste que l'ensemble ainsi constitué est apparu, au début des années 2000, manquer singulièrement de portée écologique. Depuis quelque temps déjà, le droit international avait reconnu un certain nombre de principes et de droits contenus désormais dans la Charte de l'environnement de 2004, adoptée par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 à la suite des travaux de la commission présidée par M. Yves Coppens. C'est semble-t-il la première fois qu'un pays a adopté un texte constitutionnel exclusivement dédié à la matière. Mais, surtout, c'est la première – et, à ce jour, unique – fois qu'à l'occasion d'une dix-huitième réforme constitutionnelle, le Préambule de la Constitution de 1958 a subi une modification sous la forme, en l'occurrence, d'une adjonction. Le constituant de 2005 a en effet employé la technique de son prédécesseur de 1958 : la Charte est adossée au Préambule qui renvoie au contenu de ce texte. Mais il l'a fait, cette fois, en parfaite connaissance de cause quant aux implications juridiques de ce choix : il savait que,

23. Jacques Chevallier, *Essai d'analyse structurale du Préambule* in *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, op. cit. p. 21.

24. *La Constitution*, Seuil, essais, 2004, 6e édition, p. 39.

compte tenu de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, la Charte entrerait de la sorte dans le bloc de constitutionnalité. Il a, par là même, confirmé, si besoin était encore, la légitimité de cette décision.

Il faut noter enfin que le Préambule n'est pas tout : d'autres droits fondamentaux sont inscrits dans le texte de la Constitution elle-même et non dans son Préambule. L'article 1^{er} de la Constitution, qui suit immédiatement le Préambule et est placé avant le titre I^{er} et dont le comité a estimé qu'il fait intellectuellement partie du Préambule, affirme l'unité et l'indivisibilité de la République, l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race ou de religion, ainsi que le respect des croyances. Il consacre la parité dans le domaine politique et, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, dans le domaine professionnel et social²⁵. L'article 2 reconnaît le pluralisme des opinions. L'article 66, reproduction abrégée de l'article 7 de la Déclaration de 1789, prohibe la détention arbitraire.

Tel est donc le texte actuel sur lequel le comité devait réfléchir. Chargé de proposer d'éventuelles modifications, il ne pouvait cependant ignorer que d'autres tentatives de réforme avaient été entreprises sous la V^e République dans le domaine des droits fondamentaux constitutionnels. A s'en tenir aux initiatives institutionnelles, par opposition à celles qui ont émané de la société civile²⁶, deux tentatives n'ayant pas abouti retiennent plus particulièrement l'attention. Il faut en outre tirer des enseignements du rapport déposé récemment par le comité présidé par M. Édouard Balladur.

Ce fut, en premier lieu, dans des circonstances tout à fait différentes (et,

25. La loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 l'avait introduite dans le domaine politique à l'article 3 de la Constitution ; la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 l'a étendue à la sphère professionnelle et sociale et a déplacé le tout à l'article 1^{er}.

26. Parmi lesquelles doit être signalé le texte élaboré à la fin des années 1990 par l'association *Nouveaux droits de l'homme*, auquel de nombreux parlementaires avaient apporté leur soutien.

somme toute, plus sereines : cette fois-ci, nulle guerre civile, nul conflit mondial...) de celles qui avaient précédé la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 que fut constituée le 20 décembre 1975 une commission spéciale présidée par Edgar Faure.

Toutes les familles politiques avaient paru ressentir le besoin d'adapter les règles essentielles posées en 1789 et 1946 aux nouvelles problématiques de l'époque. Ce besoin d'évolution avait suscité, dans le courant de l'année 1975, une floraison d'initiatives qui donnèrent lieu à trois propositions de loi constitutionnelle dont la commission spéciale fut saisie. En septembre 1977, après l'audition de trente-sept personnalités, le président Edgar Faure et les rapporteurs Jean Foyer et Charles Bignon voulurent donner une nouvelle impulsion à l'activité de la commission et prirent l'initiative d'établir un document de travail qui, confirmant et développant des principes déjà admis par le droit positif, mais proclamant en outre des libertés nouvelles, servit de base à la dernière phase des travaux.

Il fut alors décidé de conférer valeur constitutionnelle à la proposition qui serait déposée, d'une part, parce que le texte se présentait comme une déclaration consacrant quelques principes essentiels et non comme une refonte globale de la législation sur les libertés publiques, d'autre part, parce que seraient ainsi donnés des fondements plus sûrs aux décisions du Conseil constitutionnel dans son appréciation de la constitutionnalité des lois.

Adoptant la suggestion de son président, la commission décida que les principes contenus dans la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 conserveraient leur valeur dans toutes celles de leurs dispositions qui n'étaient pas contraires au texte proposé, celui-ci ne s'incorporant pas à la Constitution de 1958 mais prenant place à ses côtés dans la catégorie des normes s'imposant à la loi ordinaire. Le 14 décembre 1977, deux ans après sa création, la « commission spéciale des libertés » acheva ses travaux par l'adoption d'une proposition de loi

constitutionnelle sur les libertés et les droits de l'homme composée de trois titres : la fraternité, l'égalité, la liberté. Cependant, ce texte très riche ne fut jamais présentée à l'Assemblée nationale, en raison du refus exprimé par les partis de gauche de le voter.

La proposition de loi constitutionnelle de 1977 traitait de certaines questions aujourd'hui soumises à la réflexion du Comité. On y relève notamment :

- sur la diversité, le droit à la différence et l'égalité des chances :

✓ article 12 : « *La République française, une et indivisible, reconnaît et protège la diversité des cultures, des moeurs, et des genres de vie. Chacun a le droit d'être différent et de se manifester comme tel* » ;

✓ article 37 : « *La culture, indissociable de la liberté, tend à assurer, dans le respect du droit à la différence, la plénitude de la vie personnelle et le développement des relations entre les hommes. Elle doit être offerte à tous* » ;

✓ article 14 : « *Tous les citoyens sont égaux devant la loi, la justice et le service public, sans distinction d'origine, d'opinion, de croyance ou de situation sociale. L'organisation de la société tend à assurer l'égalité des chances et des conditions* » ;

- sur l'égalité entre les hommes et les femmes : article 15 : « *La femme et l'homme disposent de droits égaux. Toute discrimination qui viole ce principe est réprimée par la loi* »²⁷ ;

- sur le principe de dignité :

✓ article 17 : « *Les travailleurs manuels et intellectuels sont égaux en dignité et disposent des mêmes droits. Toute discrimination à l'égard des jeunes travailleurs, qu'ils soient engagés dans la vie professionnelle ou étudiants, est prohibée* » ;

27. La commission avait rejeté une proposition et un amendement ainsi rédigés : « *La République prend les mesures nécessaires pour éliminer les inégalités et assurer la promotion de la femme* » ; « *L'Etat doit prendre toutes les mesures pour appliquer effectivement ce principe.* »

✓ article 33 : « *Tout homme a le droit d'exercer un travail librement accepté en vue d'assurer son existence et sa dignité [...]* » ;

- sur le droit à la vie et à l'intégrité : article 20 : « *Tout homme a droit à la vie et à l'intégrité physique et morale* »²⁸ ;

- sur le respect de la vie privée et la protection des données personnelles : article 23 : « *Tout homme a droit à la protection de sa vie privée. La loi assure notamment cette protection contre les dangers que peut comporter l'emploi de l'informatique ainsi que des techniques de collecte, conservation et utilisation d'informations* » ;

- sur le pluralisme des moyens d'expression et des médias :

✓ article 28 : « *Toute personne a le droit de rechercher, de recevoir et de répandre informations et idées par tout moyen de son choix. La République assure, dans les conditions compatibles avec la sécurité et l'ordre publics, l'accès aux documents administratifs* » ;

✓ article 38 : « *La radiodiffusion et la télévision exercent une mission de service public. / Elles sont tenues d'assurer l'information dans un esprit d'objectivité et de garantir l'expression et la confrontation des courants d'opinion. Le droit de réponse est garanti. / La liberté de la presse est un droit fondamental. La loi assure son exercice effectif. / Un statut des journalistes garantit leur liberté de conscience* ».

Autre initiative, le 15 février 1993, le comité consultatif pour la révision de la Constitution institué par un décret du 2 décembre 1992 et présidé par Georges Vedel remit un rapport au Président de la République. Dans une troisième partie, intitulée « *Un citoyen plus présent* », ses auteurs exposèrent, alors d'ailleurs que la question n'avait pas été soulevée par la lettre de mission que leur avait adressée le Président de la République de l'époque, que « *la consécration constitutionnelle de certains droits nouveaux paraît très opportune eu égard aux conditions d'évolution de la société française* ».

28. La commission avait rejeté une proposition d'un député ainsi rédigée : « *Toute action visant à modifier le patrimoine génétique est interdite.* »

Deux dispositions figurant dans ce rapport justifient d'être évoquées ici :

✓ proposition 32 (ajout d'un alinéa à l'article 66 de la Constitution) : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée et de la dignité de sa personne* »²⁹ ;

✓ proposition 33 (ajout d'un alinéa à l'article 4 de la Constitution) : « *La liberté et le pluralisme de la communication sont des conditions essentielles de la démocratie. Un organisme indépendant dont la composition et les missions sont fixées par une loi organique veille à leur respect dans le domaine de la communication audiovisuelle. Ses décisions sont soumises au contrôle du juge. Il présente au Parlement un rapport annuel sur son activité* »³⁰.

Quant au comité présidé par M. Edouard Balladur, dont au demeurant la lettre de mission n'évoquait pas la question, il a, dans le rapport qu'il a remis au Président de la République le 29 octobre 2007, envisagé mais écarté l'idée de proposer de son propre chef des modifications au Préambule de la Constitution. Parce que sa composition n'avait pas été conçue en fonction de cette tâche et parce que les délais lui étant impartis ne lui permettaient pas de procéder aux auditions qui auraient été nécessaires pour faire émerger un consensus en son sein, il s'est abstenu de formuler toute proposition en la matière³¹. C'est, au demeurant, éclairé par ces considérations que le Président de la République a décidé, quelques semaines plus tard, d'instituer un autre comité spécialement chargé de réfléchir à ces questions.

Pour autant, la réforme institutionnelle votée le 21 juillet 2008, inspirée pour

29. Il était apparu « *nécessaire au comité que ces droits déjà reconnus dans la loi soient inscrits dans le texte de la Constitution.* »

30. Afin de « *mieux garantir le respect du pluralisme de l'audiovisuel dont le rôle est essentiel dans la vie civique* », « *il a semblé au comité que les conditions dans lesquelles sont assurés la liberté et le pluralisme de la communication audiovisuelle méritaient d'être renforcés par la Constitution elle-même.* »

31. Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Pour une République plus démocratique*, Fayard/La Documentation française, 2007, p. 165 et s.

l'essentiel des travaux du comité Balladur, a apporté à la Constitution des modifications qui touchent à des thèmes directement ou indirectement soumis au comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution : la parité professionnelle et sociale a été ajoutée à la parité politique (article 1^{er}) ; le pluralisme des opinions a été affirmé (article 4) ; les principes de liberté, d'indépendance et de pluralisme des médias ont été expressément consacrés par le biais, il est vrai indirect, de l'affirmation de la compétence du législateur pour traiter de ces matières (article 34) ; les langues régionales ont fait leur entrée juridique dans le patrimoine de la nation (article 75-1) ; la contribution de la République à la défense de la francophonie a été accueillie (article 87).

Il était par conséquent indispensable que le comité ait connaissance des acquis de la réforme institutionnelle avant d'achever ses travaux.

* * * * *

C'est instruit de cette dimension historique que le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution a conduit ses travaux, d'abord en son sein, en abordant successivement les différents thèmes relevant de sa mission, ensuite, portant un regard vers l'extérieur, en procédant à l'audition de vingt-quatre personnalités d'horizons divers³², enfin, en tenant des réunions de synthèse qui lui ont permis de prendre position.

S'il devait apporter des réponses aux différentes questions de fond qui lui étaient soumises (2nde partie), le comité a estimé qu'il ne pourrait mener à bien une telle entreprise qu'après s'être fixé une doctrine permettant d'orienter ses choix en fonction de principes méthodologiques bien établis (1^{ère} partie).

32. Voir la liste des personnalités entendues en annexe 3, ainsi que les interventions et comptes rendus d'auditions en annexe 4.

PREMIERE PARTIE : LA DOCTRINE DU COMITE

Après s'être interrogé sur la notion même de Préambule et avoir pris la mesure du texte qui, à l'issue d'un processus complexe de sédimentation historique, est aujourd'hui en vigueur en France, le comité se devait de fixer sa propre doctrine sur un certain nombre de points de méthode qui s'annonçaient récurrents.

Bien que de méthode, ces questions n'en mettaient pas moins en jeu l'idée que le comité s'est fait de la fonction du pouvoir constituant en matière de droits fondamentaux. Après y avoir longuement réfléchi, le comité a élaboré une doctrine qu'il a fixée sous la forme de quatre principes :

- A. Respecter l'héritage constitutionnel français,
- B. Assurer l'intangibilité de l'œuvre constitutionnelle récente,
- C. Ne suggérer d'enrichissement du Préambule que s'il possède sans conteste un effet utile,
- D. Conserver à l'intervention du pouvoir constituant sa valeur d'ultime recours.

A. — PRINCIPE N° 1 : RESPECTER L'HERITAGE CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

Le comité s'est initialement demandé si, dans la perspective d'une vaste remise à plat de l'existant, et même si la lettre de mission ne le préconisait pas, il n'y aurait pas eu lieu d'entreprendre une refonte complète du Préambule, ce qui aurait impliqué une réécriture, une réorganisation, voire une remise en cause des textes de 1789, 1946 et 2004.

L'examen attentif de l'héritage constitutionnel (1) l'a cependant convaincu de ne pas s'engager dans cette voie (2).

1. La richesse de l'héritage

En matière de droits fondamentaux, l'héritage constitutionnel français repose tout à la fois et indissolublement sur les textes fondateurs et sur la jurisprudence qui en est issue.

« *Merveilleuse aurore* » selon Alexis de Tocqueville, **la Déclaration de 1789**³³, à la portée universelle, énonce des principes formels, à la différence des déclarations américaines antérieures, davantage soucieuses de pragmatisme.

Elle consacre en premier lieu les droits de l'homme en tant que personne : l'égalité (article 1^{er}) ; la liberté (article 1^{er}), dont la célèbre définition est donnée par l'article 4 (« *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ») et qui trouve de nombreuses déclinaisons : sûreté, résistance à l'oppression (article 2), principe de légalité des délits et des peines, principe de nécessité et de non-rétroactivité de la loi pénale (articles 7 et 8), principe de présomption d'innocence

33. Reproduite, avec le Préambule de 1946 et la Charte de 2004, en annexe 2.

(article 9), liberté d'opinion et de conscience (article 10), liberté d'expression (article 11) ; enfin, le droit de propriété (articles 2 et 17).

Elle développe en second lieu les droits de l'homme dans sa relation avec la Nation : droit de concourir personnellement ou par des représentants à l'élaboration de la loi (article 6) ; égal accès aux dignités, places et emplois publics (article 6) ; indivisibilité de la souveraineté nationale (article 3) ; principe du consentement à l'impôt et de son égale répartition (article 14) ; principe d'une force publique (article 12) ; principe du contrôle et de la responsabilité de l'administration (article 15) ; principe de garantie des droits (article 16).

Outre sa référence à la Déclaration de 1789 et aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le Préambule de 1946 énonce des **principes** « *particulièrement nécessaires à notre temps* » qui peuvent être qualifiés de droits sociaux : par ces droits nouveaux, l'individu, qui avait bénéficié en 1789 de « *facultés d'agir* », jouit désormais de « *possibilités d'agir* »³⁴, essentiellement dans le domaine économique.

Il s'agit là de droits conférés à certaines catégories de personnes : les femmes se voient garantir des droits égaux à ceux des hommes (alinéa 3) et, en tant que mères, avec les enfants et les travailleurs âgés, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs (alinéa 11) ; la famille, comme l'individu, se voient assurer les conditions nécessaires à leur développement (alinéa 10) ; tout être humain dans l'incapacité de travailler se voit accorder le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence (alinéa 11) ; l'individu persécuté en raison de son action en faveur de la liberté se voit octroyer le droit d'asile (alinéa 4).

Il s'agit en outre des droits des travailleurs : droit de travailler et d'obtenir un emploi (alinéa 5) ; droit de défendre ses intérêts par l'action syndicale et d'adhérer

34. Jean et Jean-Eric Gicquel, op. cit. p. 98 et 99.

au syndicat de son choix (alinéa 6) ; droit de grève (alinéa 7) ; droit à la détermination des conditions de travail et à la gestion des entreprises (alinéa 8).

Il s'agit enfin de droits reconnus à tous : droit à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture, avec organisation d'un enseignement gratuit et laïc (alinéa 13) ; solidarité et égalité devant les charges résultant des calamités nationales (alinéa 12).

Par ailleurs, le Préambule de 1946 comporte quelques principes d'organisation internationale (alinéas 14 à 18).

Enfin, la **Charte de 2004** consacre un droit à l'environnement assorti de principes destinés à en assurer l'effectivité, tels que les principes de précaution, de prévention et de contribution.

Comme tout texte normatif, les textes constitutionnels mettent les juges chargés de les faire respecter, au premier rang desquels le Conseil constitutionnel, en situation de devoir les interpréter. **Au-delà même de la lettre du Préambule ou de la Constitution elle-même, un édifice jurisprudentiel d'une très grande richesse a, de la sorte, été progressivement bâti.** De cet acquis, le comité a estimé de son devoir de dresser un inventaire raisonné et d'en faire la présentation la plus claire possible.

Au moment de s'interroger sur la consécration de droits nouveaux, le comité voyait là une double exigence de méthode, d'abord vis-à-vis de lui-même, ensuite à l'égard des destinataires de ses travaux.

La tâche était moins aisée et plus novatrice sans doute qu'il ne le pensait lui-même en engageant cet exercice. Nombreux sont certes les ouvrages et articles de doctrine qui étudient tel ou tel aspect de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; il semble toutefois ne pas exister, à ce jour, de document qui se propose de présenter, de manière systématique et pédagogique à la fois, les

principes constitutionnels - quelle qu'en soit la source - qui encadrent l'action du législateur en matière de droits fondamentaux.

Sans doute est-ce du reste la diversité de leurs sources et de leurs modes de formulation dans les décisions du Conseil constitutionnel qui rend difficile l'appréhension immédiate de l'ensemble de ces principes, dont l'annexe 5 offre une vision s'essayant à l'exhaustivité et dont les principaux traits sont les suivants.

Il est d'abord revenu au juge de dire ce qu'étaient les « **principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** » que le constituant de 1946 - et indirectement, donc, celui de 1958 - a « *solennellement réaffirmés* », sans toutefois les identifier. Ces principes forment une catégorie constitutionnelle expresse mais virtuellement illimitée, le constituant ne les ayant pas lui-même définis, contrairement à ce qu'il a retenu pour les « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* ». Depuis les années mille neuf cent quatre-vingt, le Conseil constitutionnel s'est toutefois attaché à en fixer strictement les conditions, à mesure qu'il ouvrait le bloc de constitutionnalité à d'autres éléments. Selon le président Genevois, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel : « *Il faut d'abord que le principe soit véritablement fondamental, qu'il énonce une règle suffisamment importante, qu'il ait un degré suffisant de généralité, qu'il intéresse des domaines essentiels pour la vie de la nation, comme les libertés fondamentales, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics ; il faut ensuite qu'il trouve un ancrage textuel dans une ou plusieurs lois intervenues sous un régime républicain antérieur à 1946 ; il faut enfin qu'il n'y ait jamais été dérogé par une loi républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946* »³⁵.

En réalité, le constituant de 1946 exprimait, par cette notion de principes

35. AJDA 1999, p. 219 ; v. notamment les décisions n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, JO du 21 juillet 1988, p. 9448 ; n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, JO du 5 juillet 1989, p. 8382 ; n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, JO du 23 juillet 1993, p. 10391.

fondamentaux reconnus par les lois de la République, la volonté de renouer avec le libéralisme politique de la III^e République afin d'en finir avec la période noire des années 1940-1944.

Le Conseil constitutionnel en a, à ce jour, identifié dix : la liberté d'association (décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971) ; les droits de la défense (décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976) ; la liberté individuelle (décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977) ; la liberté d'enseignement (décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977), notamment la liberté de l'enseignement supérieur (décision n° 99-414 DC du 8 juillet 1999) ; la liberté de conscience (décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977) ; l'indépendance de la juridiction administrative (décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980) ; l'indépendance des professeurs d'université (décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984) ; la compétence de la juridiction administrative pour connaître de l'annulation ou de la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique (décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987) ; l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée immobilière (décision n° 89-256 DC du 25 juillet 1989) ; la spécificité de la justice des mineurs (décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002). Le Conseil d'Etat statuant au contentieux a eu l'occasion, pour sa part, d'en consacrer un onzième consistant en l'obligation, pour l'Etat, de refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique (CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*).

Indépendamment de la catégorie particulière des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le Conseil constitutionnel a ensuite été conduit à dégager des **principes de valeur constitutionnelle qui, sans figurer en toutes lettres dans le texte du Préambule ou de la Constitution, en ont été déduits**. Ce sont les suivants : le respect de la vie privée (décisions 76-75 DC du 12 janvier 1977 ; 94-352 DC du 18 janvier 1995 ; 99-416 DC du 23 juillet 1999 ; 2003-

467 DC du 13 mars 2003) ; la continuité du service public et le droit de grève (décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979) ; la liberté d'entreprendre (décisions n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 et n° 92-316 DC du 20 janvier 1993) ; la dignité de la personne humaine (décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994) ; la liberté contractuelle (décisions n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 et n° 2006-535 DC du 30 mars 2006).

Le Conseil constitutionnel a également veillé à la protection de ce qu'il a considéré être des « **objectifs de valeur constitutionnelle** », notion qu'il a forgée de manière prétorienne mais qui recouvre, là encore, des principes trouvant indirectement leur fondement dans la Constitution. Ce sont principalement les suivants : la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels (décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982), désormais le pluralisme des courants de pensées et d'opinion (décision n° 2004-497 du 1^{er} juillet 2004), notamment le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale (décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984) ; la protection de la santé publique (décision n° 90-283 du 8 janvier 1991 ; décision n° 93-325 DC du 13 août 1993) ; la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment des atteintes à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions (décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995) ; la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent (décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995) ; l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi (décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999) ; la lutte contre la fraude fiscale (décision n° 99-424 DC du 29 décembre 1999) ; l'équilibre financier de la sécurité sociale (décision n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002).

Il convient encore, pour se faire une idée exacte de l'étendue des droits fondamentaux actuellement protégés par le Préambule et la Constitution, de prendre en compte **les règles ou principes innommés** par lesquels le Conseil

constitutionnel justifie la limitation de la portée d'une norme constitutionnelle (intérêt général, ordre public, urgence...) ou module l'intensité de son contrôle (proportionnalité, sanction des seules erreurs manifestes).

Enfin, l'inventaire de l'acquis constitutionnel ne serait pas complet sans un rappel des principes auxquels le Conseil constitutionnel a refusé de conférer valeur constitutionnelle : ainsi en est-il notamment de la confiance légitime (décision n° 97-391 DC du 7 novembre 1997) ; de la transparence des activités publiques ou exercées pour le compte des personnes publiques (décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994) ; de l'équité entre les générations (décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997) ; du principe de faveur en droit du travail (décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004) ; du principe d'irresponsabilité pénale des mineurs (décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002).

2. La préservation de l'héritage

A l'aune de cet ensemble particulièrement exhaustif, **un projet de refonte complète du Préambule de 1958 aurait eu le mérite de répondre à des objectifs de clarté et d'intelligibilité du droit**, à une époque où sa complexité croissante est dénoncée de manière régulière. En outre, une telle entreprise aurait pu être de nature à réduire les contradictions inhérentes à la coexistence, au sein du Préambule, de normes constitutionnelles nées à des époques différentes et imprégnées par des philosophies contrastées.

Le comité a pourtant très vite renoncé à cette solution pour les raisons suivantes.

- En premier lieu, **un choix aussi radical rencontrerait des obstacles politiques considérables et justifiés**. La remise en cause d'un héritage historique aussi respecté que celui des déclarations de droits françaises et de leur

interprétation par le juge constitutionnel ne serait ni comprise quant à son utilité ni acceptée quant à ses conséquences. Pour le dire d'un mot, l'idée même de refaire ce que les constituants de 1789 et de 1946 ont offert au monde est apparue au comité exagérément immodeste.

- En deuxième lieu, une refonte complète des textes s'inscrirait à l'opposé de l'une des options les plus essentielles et les plus continues de la tradition constitutionnelle française : celle de la **stratification progressive des droits et libertés hérités du passé républicain jointe à la volonté d'assurer leur application combinée**. La stabilisation de notre démocratie doit sans doute beaucoup à cette exigence, de même que l'aptitude de la V^e République à s'adapter à des orientations politiques et idéologiques différentes. La conciliation - obligatoire - des principes d'inspiration individualiste de 1789 avec ceux, plus collectifs, de 1946, a permis ce résultat satisfaisant du point de vue de la continuité républicaine.

La conviction du comité à cet égard a été que la superposition des normes d'inspiration diverses aujourd'hui additionnées dans le Préambule est l'une des richesses les plus précieuses de la démocratie française et qu'il serait dangereux de lui porter atteinte. Le droit de grève en fournit un bon exemple : c'est parce que ce droit est protégé, mais qu'il doit également être concilié avec l'obligation d'assurer une certaine continuité du service public, qu'il en est fait aujourd'hui une interprétation respectueuse des différents intérêts en présence, publics comme privés. Toute préférence radicale donnée d'un côté ou de l'autre n'aboutirait qu'à un déséquilibre contraire à l'esprit d'une démocratie pacifiée.

- En troisième lieu, **le choix d'une réécriture globale du Préambule ferait courir de réels risques d'insécurité juridique**. Les normes et les notions en cause présentent un contenu délicat et évolutif dans le temps. La jurisprudence a beaucoup contribué à assurer cette précision progressive. Aussi

bien, serait-il mal venu de perturber sinon de déstabiliser voire d'affaiblir l'édifice juridique ainsi élaboré et perfectionné.

- En quatrième lieu, le comité a observé que **le pouvoir constituant, dans la période la plus récente, ne s'est pas départi de cette attitude respectueuse vis-à-vis du legs de 1789 et de 1946.** La constitutionnalisation de la Charte de l'environnement en mars 2005 s'est opérée sous la forme d'un ajout pur et simple d'un nouvel étage à l'édifice constitutionnel, sans modification et *a fortiori* sans retranchement par rapport à l'existant. La plus grande continuité d'esprit se confirme donc jusqu'à aujourd'hui en ce qui concerne la méthode utilisée pour faire évoluer le corpus des droits fondamentaux issus du Préambule.

Pour toutes ces raisons, le comité a estimé qu'il devait respecter la tradition historique de stratification des normes constitutionnelles de protection des droits fondamentaux - en ce compris l'exigence de conciliation permanente de celles-ci. Il a donc considéré que son office devait se limiter à proposer d'éventuelles adjonctions à celui-ci, sur le même mode que celui retenu pour l'adossement au Préambule de la Charte de l'environnement.

B. — PRINCIPE N° 2 : ASSURER L'INTANGIBILITE DE L'ŒUVRE CONSTITUTIONNELLE RECENTE

Le comité s'est demandé ensuite s'il y avait lieu pour lui de se prononcer sur ce que le constituant a décidé au cours des années récentes et notamment le 21 juillet 2008 dans les matières entrant dans le champ de la lettre de mission du Président de la République (parité, pluralisme...).

Qu'il s'agisse d'écarter une des normes ainsi constitutionnalisées, de la nuancer, de la compléter, voire de l'exprimer autrement, la réponse ne

pouvait qu’être négative : il n’eût pas été acceptable que le comité prétende revenir sur ce que le constituant a décidé à l’instant. Dès lors que ce dernier vient de se prononcer, il n’existe plus de justification possible, pour un comité d’experts, à y revenir, alors surtout que l’expérience est trop récente pour qu’aucune leçon éventuellement correctrice puisse en être tirée. Et la légitimité manque par principe à celui qui se présenterait - immanquablement - comme le censeur du souverain (voire comme une sorte de supra-constituant). Le rôle d’un comité constitutionnel ne saurait résider ailleurs qu’en amont : sa mission est de préparer le travail du constituant et de lui faciliter la tâche. Il perd, pour ainsi dire, sa raison d’être lorsque le constituant s’est solennellement prononcé.

Même s’il a eu la tentation d’évoquer le principe de précaution afin de livrer son sentiment sur celui-ci, voire de suggérer qu’il lui soit apporté certains contrepoids, **le comité a ainsi considéré, sur ces bases, qu’il ne devait pas rechercher s’il y avait lieu de procéder à une modification de la Charte de l’environnement de 2004**. Il eût peut-être été moins inconcevable qu’il engage une telle réflexion s’il était apparu qu’un doute persistait sur l’autorité juridique de ce texte. Mais ce n’est pas le cas puisque le Conseil constitutionnel et le Conseil d’État viennent de reconnaître la valeur constitutionnelle des dispositions de la Charte, « *à l’instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution* », avant de décider que celles-ci « *s’imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif* »³⁶.

Le comité a en outre estimé qu’il était de son devoir de tirer un enseignement direct des débats constituants de juillet 2008. Au-delà des ajouts à la Constitution auxquels il a été procédé (parité professionnelle et sociale

36. CC, 19 juin 2008, décision n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, JO du 26 juin 2008, p. 10228 ; CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d’Annecy*, n° 297931 : la haute juridiction administrative, en annulant un décret pour incompétence, a, à cette occasion, affirmé la compétence du Parlement dans le domaine environnemental en application de la Charte.

entre les hommes et les femmes, pluralisme, langues régionales, etc...), certains débats ont clairement fait apparaître une volonté de ne pas ajouter tel ou tel droit nouveau ou de ne pas modifier tel ou tel équilibre (s'agissant par exemple de la répartition des compétences entre les juges administratif et judiciaire, de non-rétroactivité en matière autre que pénale et plus généralement du principe de sécurité juridique, ou encore de l'éventuelle suppression du mot « *race* » à l'article 1^{er} de la Constitution). Pour les mêmes raisons que celles précédemment évoquées, il est apparu au comité que la nature de son office lui interdisait d'y revenir.

***C. – PRINCIPE N° 3 : NE SUGGERER D'ENRICHISSEMENT DU
PREAMBULE QUE S'IL PRESENTE SANS CONTESTE UN EFFET UTILE***

Les travaux et les auditions du comité l'ont confronté de manière récurrente à deux questions aussi importantes que délicates :

- celle de savoir si et jusqu'où il serait souhaitable de solliciter du pouvoir constituant qu'il énonce des mesures de portée strictement symbolique ;

- celle de savoir si et dans quelle mesure il serait bon de codifier, c'est-à-dire d'écrire, *noir sur blanc*, dans le Préambule, tout ou partie des règles que le juge - et notamment le Conseil constitutionnel - a déduites de son interprétation de la Constitution au cours des décennies écoulées.

Sur l'un comme sur l'autre de ces deux points, la réflexion du comité l'a progressivement conduit à une réponse résolument négative.

1. Le refus d'inscrire des dispositions de portée purement symbolique

La question de l'effectivité des droits a représenté une préoccupation

constante du comité tout au long de ses travaux.

L'idée d'afficher solennellement au fronton de la République certains principes nouveaux présente sans doute un attrait réel. Rechercher une meilleure cohésion sociale ; retrouver les conditions d'une citoyenneté mieux comprise, mieux acceptée et peut-être plus exigeante ; affirmer l'aptitude de la France à épouser l'évolution de sa population, de son mode de vie voire de ses mœurs... Il existe là, entre autres, autant de perspectives qui ne sont pas sans lien avec l'ordre des symboles. De cela, nul ne disconvient, et certainement pas le comité.

Il n'en reste pas moins que cette conviction n'établit pas, par elle-même, la nécessité d'une révision du Préambule de la Constitution au seul effet de procéder à tel ou tel affichage. **Encore faudrait-il que les inconvénients attachés à l'inscription de dispositions qui ne seraient proclamatoires ne soient pas supérieurs aux avantages attendus.**

C'est précisément en considération de ces effets négatifs que le comité a préféré adopter une ligne de conduite ascétique ou, si l'on préfère, prudente :

- En premier lieu, le comité a été sensible à un fait d'histoire, amplement vérifié : **au niveau constitutionnel, sous la V^e République, aucune disposition n'est jamais demeurée dépourvue d'effets normatifs tangibles.** Les incertitudes n'avaient pourtant pas manqué de se faire jour, notamment dans les années mille neuf cent soixante-dix, lorsque le Conseil constitutionnel a pris la décision de contrôler la conformité des lois au Préambule : on considérait couramment que de nombreux principes de 1946, en particulier, étaient revêtus d'une portée purement déclaratoire et d'une normativité insuffisante pour asseoir l'annulation d'une loi contraire. Le droit à la santé, le droit d'obtenir un emploi, le droit à la culture - pour ne prendre que ces simples exemples - apparaissaient à beaucoup comme expressifs d'intentions belles et louables, utiles à la définition de

l'état d'esprit nouveau de la République, mais dépourvues d'autorité juridique véritable. L'expérience a montré qu'il n'en était rien. Le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à utiliser effectivement l'ensemble des dispositions du Préambule de 1946 et de la Déclaration de 1789³⁷ dans l'exercice de son contrôle de constitutionnalité des lois³⁸. Quant aux juridictions administratives et judiciaires, qui avaient pu un moment se montrer hésitantes devant l'idée que le Préambule de la Constitution ne contienne que des normes de droit à part entière, elles ont fini par adopter le même parti.

L'hésitation n'est plus permise aujourd'hui : les textes figurant dans le Préambule de la Constitution ont, quelle que soit la densité ou la précision de leur contenu, une vocation absolue à produire des effets normatifs pleins et entiers. Il est aujourd'hui posé en principe dans la République française que ce sont bien (et seulement) des droits positifs que garantissent la Constitution et son Préambule : des droits à part entière, potentiellement opposables et invocables en justice. La manière dont a été récemment entourée la réception par les juges de la Charte constitutionnelle de l'environnement tient lieu à cet égard de confirmation éclatante : quelles que soient les incertitudes associées, pour l'instant, au contenu ou à la portée exacte de tel ou tel alinéa, il n'en est pas moins (pré)jugé que « *l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle* »³⁹.

Aux yeux du comité, la considération de cette donnée, aujourd'hui parfaitement fixée, impose par elle-même une certaine retenue. Aucune affirmation nouvelle, dans le texte du Préambule, n'est susceptible de posséder ou de conserver

37. Cf. par ex. ce considérant de la décision 81-132 DC du 16 janvier 1982 (*Loi de nationalisation*, JO du 17 janvier 1982, p. 299) : « *Le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et droits proclamés en 1789* ».

38. Cf. par ex. Louis Favoreu et Loïc Philip, op. cit. notamment pp. 246 sq., 312 sq., 420 sq.

39. Supra note 36.

une valeur purement symbolique. L'écriture constitutionnelle est forcément normative, à un moment ou à un autre, d'une manière ou d'une autre, et il n'est pas possible qu'il en aille autrement. Cela emporte une conséquence importante : aucun enrichissement du Préambule ne doit être envisagé sans que soit préalablement apprécié, autant que faire se peut, son impact juridique possible, car il est certain qu'il en aura un.

La prudence est donc de mise en la matière. Il faut compter avec la possibilité d'effets collatéraux ou inattendus, peut-être même pervers, *a fortiori* dans un système constitutionnel aussi riche que celui de la France, où beaucoup de normes sont déjà reconnues et protégées.

Ce souci de précaution a beaucoup animé le comité lors de l'examen de certaines propositions. La crainte d'ouvrir ici ou là une boîte de Pandore, de voir se créer des droits - et donc des revendications - impossibles à prévoir et donc à contenir dans les limites de ce que le constituant pourrait véritablement vouloir, a été très présente à son esprit. Et cela, non par frilosité, mais bien par désir de cohérence : la mission impartie au comité par le Président de la République porte fondamentalement sur les voies et moyens d'une amélioration de notre droit. Elle vise à identifier les conditions juridiques requises pour que soient réalisés certains objectifs d'intérêt général, particulièrement consensuels. Pour le comité, il était donc d'une importance première que rien ne soit proposé qui soit de nature à nuire indirectement ou accidentellement à ces objectifs ou à contrarier le jeu satisfaisant des autres droits ou intérêts publics en présence.

- En deuxième lieu et corrélativement, **le comité a été attentif à maintenir la crédibilité et l'opérationnalité perçue du message constitutionnel.** Il ne lui est pas apparu souhaitable, sous cet angle, que soient affirmées dans le Préambule des exigences trop programmatoires ou dont la réalisation dépendrait trop lourdement de contraintes aléatoires ou extérieures à la

seule volonté politique. C'est, par exemple, en considération de ce type d'argument que le comité a, comme on le verra⁴⁰, renoncé à proposer qu'un principe d'effectivité des droits soit inscrit dans la Constitution. Dans le cadre d'une réflexion destinée à améliorer l'égalité réelle des personnes, il lui est apparu contradictoire d'affirmer comme une obligation - sous-entendu : complètement réalisable dès maintenant - l'objectif ultime du projet de société, voire de civilisation, que la France démocratique a toujours souhaité se donner à elle-même.

Il est **nécessaire que les citoyens puissent avoir confiance en leur Constitution, croire en son utilité pratique**. Le degré de leur adhésion aux valeurs qu'elle porte en dépend pour partie, de même que sa valeur proprement éducative pour les jeunes générations. Pour le comité, il était donc essentiel de ne rien proposer qui puisse affadir ou affaiblir la valeur - et donc, encore une fois, la crédibilité du message constitutionnel.

- En troisième lieu, le comité a relevé que **la normativité de la loi, sa qualité, son intelligibilité, son accessibilité sont aujourd'hui des objectifs constitutionnels** efficaces, dont la violation est fermement censurée par le Conseil constitutionnel⁴¹ et dont la vertu est souvent soulignée, voire célébrée. Il serait pour le moins paradoxal que le constituant ne s'impose pas à lui-même la discipline qu'il entend faire régner sur la production des lois en général.

Pour toutes ces raisons, le comité a considéré que n'était pas souhaitable l'utilisation du Préambule comme pur vecteur de symboles et qu'à ce titre la plus grande retenue s'imposait à lui, quelles qu'aient pu être ses réflexions premières.

40. Cf. chapitre C de la seconde partie du rapport.

41. V. notamment la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 (*Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, JO du 24 avril 2005, p. 7773) qui a joué un rôle important dans cette évolution (cf. Louis Favoreu et Loïc Philip, op. cit. p. 907 sq).

2. Le refus de codifier la jurisprudence constitutionnelle

À de nombreuses reprises, le comité s'est demandé s'il était souhaitable **que soient inscrits dans le Préambule des droits dont il est acquis qu'ils ont déjà été consacrés par la jurisprudence constitutionnelle**. Le cas de la liberté d'entreprendre, par exemple, est illustratif à cet égard. Il fallait donc s'interroger sur le point de savoir si, et dans quelle mesure, il devait revenir au pouvoir constituant de codifier - c'est-à-dire d'écrire - cet apport de la jurisprudence. Et ce d'autant plus que les formes possibles d'une telle codification sont diverses : on peut imaginer une démarche de strict enregistrement, à droit constant, de ce qui a été jugé ; on peut au contraire concevoir une sorte de tri, éventuellement correctif, dans le vivier des innovations apportées par le Conseil constitutionnel depuis 1971.

Le problème est des plus délicats. Il s'agirait d'utiliser la procédure de révision de la Constitution, et tout particulièrement de son Préambule, dans un contexte et pour un usage presque inconnus dans l'histoire constitutionnelle française. Une telle innovation ne pouvait être recommandée sans qu'une réflexion préalable soit portée sur son principe.

a) Les arguments juridiques manquent de prime abord pour objecter à l'idée d'une codification constitutionnelle de la jurisprudence

Pour le dire trivialement : en droit, le constituant fait ce qu'il veut.

- D'une part, la Constitution - Préambule compris - reçoit seulement une définition formelle et procédurale. Comme l'explique Carré de Malberg, elle se résume en un document « énoncé dans la forme constituante et par l'organe constituant, et qui, par suite, ne peut être modifié que par une opération de puissance constituante et au moyen d'une procédure spéciale de révision »⁴². Dit autrement, il n'existe pas de matières

42. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1922 (rééd.

constitutionnelles par nature ni de sujets ou de modalités d'action soustraits à l'empire - souverain - du pouvoir constituant⁴³.

- D'autre part, rien n'interdit non plus au constituant de tirer des décisions de justice toutes les conséquences qu'il souhaite. Le Doyen Vedel employait à ce propos l'image d'un « *lit de justice* » : s'il le croit nécessaire, le constituant peut avoir le dernier mot - et donc surmonter la sentence d'une Cour⁴⁴.

On ne voit donc guère de motif juridique propre à s'opposer *a priori* à ce que le constituant agisse à sa guise avec le corpus jurisprudentiel préexistant.

b) De forts arguments plaident pourtant contre tout projet de cet ordre

Si l'on fait abstraction de son intérêt symbolique - on vient de voir que le comité ne voyait pas là un motif suffisant pour solliciter l'intervention du pouvoir constituant - l'idée d'une codification constitutionnelle de la jurisprudence ne répondrait en vérité qu'à un seul souci : celui d'**améliorer la connaissance et la lisibilité des droits constitutionnels**. Mais cela ne suffit pas à justifier sa mise en œuvre.

- En premier lieu, **d'autres instruments que l'intervention du pouvoir constituant peuvent servir l'objectif de lisibilité du droit**.

CNRS), tome II, p. 571.

43. Cela étant dit sous la réserve classique de l'interdiction de renoncer à la forme républicaine du Gouvernement, qui pose d'ailleurs d'importants problèmes théoriques.

44. Il faut d'ailleurs observer que l'exercice de cette prérogative est loin de révéler forcément l'existence d'un conflit entre le constituant français et le juge constitutionnel. En France, la révision suggérée par le juge est devenue le moyen quasi-ordinaire de la construction européenne : les avancées importantes - parce qu'elles supposent par nature certains abandons de souveraineté (Maastricht, "Constitution européenne", Traité de Lisbonne etc...) - ont été rendues possibles par des changements constitutionnels dont, pour ainsi dire, on avait pris soin de demander au Conseil de dire préalablement la nécessité. L'intervention du constituant, en pareil cas, n'a rien eu de "réactif" : elle s'inscrivait dans un plan d'ensemble tenu dès le départ pour possible voire probable. Le traité serait directement ratifié pour autant que le Conseil constitutionnel n'y voie rien à redire ; il le serait après révision de la Constitution si tel n'était pas le cas.

Rien n'empêche - c'est même une tradition très ancienne - qu'une codification purement descriptive, à droit constant, soit conduite par de tout autres acteurs - y compris des personnes privées. À maints égards, les travaux du comité peuvent d'ailleurs apparaître comme un lieu adéquat pour une récapitulation de ces droits et leur présentation systématique. Rien ne permet de penser que l'intervention du constituant soit, à cet égard, nécessaire.

- En deuxième lieu, l'idée d'une codification constitutionnelle présente des traits régressifs au regard de la tradition française de protection des droits fondamentaux. En la matière, **la tradition constitutionnelle s'inscrit dans une ligne claire : le constituant intervient toujours dans le sens du « progrès »**. L'écriture constitutionnelle se veut procéder d'une dynamique. Elle suppose, pour ainsi dire, qu'il y a bien un sens de l'histoire. L'acte constituant répond toujours à la volonté d'établir un nouveau standard, forcément plus élevé que le précédent.

On comprend par là pourquoi la succession historique des textes relatifs aux droits constitutionnels s'est toujours opérée depuis 1789 par stratification et non par remplacement⁴⁵. Contrairement à la pratique générale, qui veut en droit que la norme nouvelle abroge la norme ancienne - ou tout au moins puisse lui déroger - les préambules constitutionnels se sont accumulés. C'est leur combinaison même qui détermine l'état du consensus social : les normes de 1789 et de 1946 procèdent d'inspirations politiques très différentes, voire contradictoires, mais aucune d'elles n'a vocation à prévaloir mécaniquement sur l'autre aujourd'hui⁴⁶. Le législateur, sous le contrôle du juge, doit chercher à les concilier, à les faire vivre ensemble. Dans la tradition constitutionnelle française, il existe donc un axe du progrès dont

45. Aux périodes républicaines s'entend.

46. Il suffit de penser au droit de propriété de 1789 face à l'obligation de nationaliser les monopoles de fait et les services publics nationaux de 1946 ou encore au droit de grève et à la continuité du service public.

le mouvement ne peut s'accommoder d'autre chose que de l'addition de droits nouveaux⁴⁷.

Dès lors, il serait politiquement incongru - voire inacceptable - de mobiliser le pouvoir constituant à d'autres fins. Ainsi le recul - c'est-à-dire la disparition d'une liberté - apparaît-il incompatible avec le projet d'une révision constitutionnelle perçue comme incontestable. Mais **la codification stricte, à droit constant, l'est sans doute aussi, parce qu'elle évoque forcément le projet d'arrêter le mouvement de l'histoire ou d'empêcher son cours naturel.**

L'idée d'une codification constitutionnelle de la jurisprudence apparaît ainsi hors du champ du consensus républicain, acquis ou même possible. Aux yeux du comité, la fonction du pouvoir constituant n'est pas celle-là.

- En troisième lieu, **la délimitation du champ précis de la codification constitutionnelle poserait de sérieux problèmes d'ordre technique.**

On manquerait en tout état de cause d'arguments pour justifier que certains principes reconnus par le Conseil constitutionnel soient inscrits dans le Préambule alors que d'autres ne le seraient pas. On pourrait certes invoquer la plus grande charge symbolique de certains. Mais si l'on parvenait à opérer une sélection stricte de principes « à codifier » parce que symboliquement prééminents, il faudrait alors affronter une difficulté juridique non négligeable : le silence du constituant sur tel autre point pourrait être interprété *a contrario* comme un refus de consacrer la règle au niveau constitutionnel, de sorte qu'on pourrait y voir une remise en cause implicite de la règle jurisprudentielle préexistante⁴⁸ ou, *a minima*, de sa pleine

47. En tant que de besoin, on observera que les révisions récentes de la Constitution n'ont aucunement excepté à ce schéma, qu'il s'agisse, par exemple, de la parité homme/femmes dans ses diverses étapes ou de la construction communautaire européenne. Ici comme là, il s'est bien agi d'enrichir le corpus au nom d'une vision du progrès.

48. Il suffirait pour cela que les travaux parlementaires dans leur ensemble ne soient pas

autorité constitutionnelle⁴⁹.

Certes, il serait loisible de remédier à ce genre de difficulté en disposant expressément dans le nouveau texte constitutionnel que tout ce qui n'est pas écrit est réputé ne plus exister. Mais s'élèveraient alors de nouvelles objections : pareil projet - sans précédent, sauf erreur, dans l'ensemble du monde occidental - serait parfaitement illusoire puisque personne n'empêchera jamais le juge de continuer à interpréter les textes - et donc à en faire de nouveau varier la signification et la portée. Cela n'est rien d'autre que la vie, inévitable et nécessaire, du droit.

Quant à l'hypothèse inverse - celle où le constituant certifierait la pérennité de la jurisprudence qu'il ne codifierait pas -, elle équivaudrait en pratique à consacrer la validité de cette jurisprudence, ce qui reviendrait à la constitutionnaliser en fait. Cela n'aurait guère de sens.

- En quatrième lieu, **le risque serait élevé qu'une mauvaise perception vienne brouiller la lecture d'une telle opération.**

Empêcherait-on vraiment que l'entreprise de codification soit perçue (et/ou présentée comme) un mauvais coup porté au Conseil constitutionnel ? Éviterait-on qu'elle soit lue comme révélatrice d'une volonté de figer l'état du droit - sous-entendu : pour empêcher de Conseil de faire encore évoluer sa jurisprudence – ou même comme porteuse d'une régression des droits et libertés ? On ne saurait le garantir. Il est même plausible qu'une telle entreprise soit comprise comme une atteinte à l'indépendance et à la liberté d'action du juge ou, si l'on préfère, comme animée par une volonté du politique de faire immixtion dans le fonctionnement de la justice. Ce risque est d'ailleurs d'autant plus élevé que l'existence de l'exception

parfaitement tranchants sur le point de savoir si telle n'a pas été la volonté du Constituant.

49. Soit dit par parenthèse, le projet d'améliorer, par cette codification, la connaissance de leurs droits par les citoyens serait, par là même, compromis : l'entrée en vigueur du nouveau Préambule ouvrirait par elle-même la porte de nouvelles interrogations sur l'état du droit réellement applicable.

d'inconstitutionnalité rapproche le Conseil constitutionnel du cours de la justice ordinaire et rend son action particulièrement sensible à cette thématique de l'indépendance et de la mise à l'abri des contingences et des influences politiques.

On le voit : le projet d'une codification constitutionnelle des droits fondamentaux serait très faiblement utile, porteur de beaucoup d'ambiguïtés et insusceptible de recueillir un véritable consensus.

Le comité a donc été d'avis qu'il n'était pas souhaitable d'en faire l'objectif d'une révision du Préambule de la Constitution.

D. – PRINCIPE N° 4 : CONSERVER A L'INTERVENTION DU POUVOIR CONSTITUANT SA VALEUR D'ULTIME RECOURS

Le comité est parti d'un constat simple : les contraintes propres à la procédure de révision de la Constitution de 1958 et de son Préambule se caractérisent par une spécificité marquée. Chacun a sans doute encore présente à l'esprit la récente réforme du 21 juillet 2008 qui en a donné une illustration.

« *Jadis la France changeait de constitution ; elle se borne désormais à la réviser* »⁵⁰ : les vingt-quatre révisions constitutionnelles intervenues, à ce jour, depuis 1958 démontrent la remarquable adaptabilité de notre Constitution. Pour autant, les révisions constitutionnelles restent soumises à un formalisme particulier qui en fait un mode de législation extraordinaire.

L'article 89 de la Constitution traite de la procédure de révision *normale* : l'initiative de la révision appartient, d'une part, au Président de la République sur proposition du Premier Ministre (projet de révision), d'autre part, aux membres du

50. Jean et Jean-Eric Gicquel, op. cit. p. 496.

Parlement (proposition de révision) ; le projet de révision, après avis du Conseil d'Etat, ou la proposition de révision doit être voté en termes identiques par les deux assemblées ; s'il s'agit d'un projet, la révision est définitive après avoir été approuvée par référendum ou, si le Président de la République le décide, par le Parlement convoqué en Congrès qui se prononce à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, sans possibilité d'amendement ; s'il s'agit d'une proposition, la révision ne peut être approuvée que par référendum. Dans un cas comme dans l'autre, le Conseil constitutionnel se refuse à exercer un quelconque contrôle par respect de la souveraineté du pouvoir constituant⁵¹.

L'article 11 de la Constitution, qui autorise l'organisation d'un référendum à propos d'un texte portant notamment « *sur l'organisation des pouvoirs publics* », a été utilisé à deux reprises, en 1962 et en 1969, à des fins de révision de la Constitution : cette procédure qualifiée d'*exceptionnelle* ou de *concurrente* - elle fut, en son temps, largement critiquée - n'est plus d'actualité et n'est mentionnée ici que pour mémoire.

Au regard du caractère extraordinaire et exceptionnel d'une procédure de révision constitutionnelle, le comité a été rapidement convaincu que l'inscription de nouvelles normes dans le Préambule ne pouvait se concevoir que dans des matières qui, sans être totalement figées, n'étaient pas susceptibles d'évolutions marquées à court ou moyen terme. Autrement dit, la consécration constitutionnelle pourrait se vérifier inadaptée aux nécessités propres à certains domaines.

Il en est ainsi notamment de ceux qui sont directement tributaires des

51. CC, 26 mars 2003, Décision n° 2003-469 DC, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, JO du 29 mars 2003, p. 5570. C'était, curieusement, la première fois - si l'on met à part la loi référendaire, adoptée sur le fondement de l'article 11, relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct (CC, 6 novembre 1962, n° 62-20 DC, JO du 7 novembre 1962, p. 10778) - que le Conseil constitutionnel était saisi d'une révision constitutionnelle.

avancées technologiques ou scientifiques, par définition en constante et infinie progression, et qui requièrent une protection renforcée des droits des personnes.

Dans ces hypothèses, les normes inscrites dans le Préambule pourraient devenir rapidement inadaptées voire obsolètes et pourraient même grever l'avenir en faisant obstacle à des évolutions qui se révéleraient indispensables : par conséquent, une constitutionnalisation pourrait très bien, à rebours, desservir le principe qu'on aurait voulu promouvoir.

Dès lors, dans ce cas, le niveau d'intervention approprié est celui du législateur ordinaire et non pas celui du législateur constituant.

Lorsque l'effectivité des droits reconnus dépend d'un ensemble de règles juridiques - législatives ou réglementaires - très diverses, relevant de multiples disciplines et, surtout, contraintes de suivre en permanence le développement des techniques, la solution législative apparaît en effet constituer la voie la plus efficiente, dans la mesure où, loin de figer un état évolutif, elle permet au législateur, sous le contrôle du juge qui assure au cas par cas un équilibre permanent entre les divers droits et libertés, de compléter, d'adapter ou de corriger la règle de droit au fur et à mesure des avancées, à un rythme plus pertinent, par définition, que celui du constituant. Tel a, par exemple, été, comme on le verra, le sentiment du comité en matière de bioéthique et de protection des données personnelles.

DEUXIEME PARTIE : LES REPONSES DU COMITE

Le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution s'étant fixé une doctrine, il l'a confrontée aux différents thèmes qui lui étaient soumis.

- La question de l'ancrage européen de la République (A), en ce que, dépassant nos clivages internes, elle concerne la place et le rôle de la France sur la scène internationale, devait être traitée à part et avant toutes les autres.

- Les questions de la parité et de la diversité s'inscrivent dans le schéma classique égalité de droit - égalité de fait : dans le premier cas, il s'agit de déterminer comment, après avoir conquis, deux siècles plus tard, une égalité en droit proclamée par la Déclaration de 1789, les femmes peuvent obtenir une égalité en fait avec les hommes (B) ; dans le second cas, il s'agit de rechercher, à l'aune des principes républicains d'égalité, d'unité et d'indivisibilité, quelle serait la meilleure voie susceptible de conduire à une réduction des inégalités de fait ou des discriminations (C).

- La question du pluralisme des courants d'expression et des médias (D), qui a pour point de départ la jurisprudence du Conseil constitutionnel initiée en 1984, a donné lieu à une intervention du constituant lors de la révision de 2008.

- La question du respect de la vie privée et de la protection des données personnelles (E), ainsi que la question de la bioéthique (F), en dépit de

leur apparent éloignement, traduisent une même préoccupation : protéger notre société contre des menaces des temps modernes représentées par des avancées technologiques (dans le premier cas) et scientifiques (dans le second cas) qui pourraient ne pas être totalement maîtrisées.

- La question de la reconnaissance du principe de dignité de la personne humaine (G), si elle paraît *a priori* relever davantage du symbolique, n'en recèle pas moins des applications universelles et intemporelles, de sorte qu'elle pourrait justifier une réponse spécifique.

A. — L'ANCRAGE EUROPEEN DE LA REPUBLIQUE

L'idée de faire figurer dans le Préambule une disposition propre à renforcer l'ancrage européen de la République présente de nombreux attraits auxquels plusieurs membres du comité étaient initialement sensibles. Une telle démarche pourrait notamment **marquer d'un signe fort l'existence d'un engagement pérenne de notre pays sur le principe de l'idée européenne**, par-delà les divergences d'approche révélées par l'échec du référendum de 2005. La symbolique attachée à un geste de cette nature serait d'autant plus élevée que, contrairement à toutes les précédentes, cette révision « *européenne* » de la Constitution ne répondrait pas à une nécessité d'ordre juridique, liée à la volonté de faire adhérer la France à un nouveau traité, préalablement déclaré incompatible avec le texte de notre loi fondamentale par le Conseil constitutionnel. Il s'agirait d'un acte unilatéral, « *gratuit* » et, par là même, porteur d'une signification politique singulière.

La position du comité a pourtant évolué dans un sens défavorable à cette solution pour plusieurs raisons (1). Prolongeant la réflexion, le comité s'est

interrogé sur l'opportunité d'inscrire dans le Préambule une référence spécifique aux règles juridiques européennes et internationales en matière de protection des droits fondamentaux. Là encore, il a été conduit à abandonner cette piste (2).

1. Inscrire une nouvelle référence générale à l'ordre juridique européen ?

Relevons d'abord, en tout état de cause, que, même si le comité avait accepté l'idée de proposer l'inscription de dispositions purement symboliques dans le Préambule, il aurait été confronté à d'importantes **difficultés pour suggérer une terminologie adaptée**. La référence à une « communauté de destin », par exemple, est trop contestable sur le fond pour emporter l'adhésion. On voit mal qu'il soit possible de parler plus spécifiquement d'un « *destin* » de l'Europe - avec quelles frontières, d'ailleurs ? - que d'un destin du monde occidental voire, surtout, de la planète. Quant à la référence aux principes d'une Europe « *unie dans la diversité* » - c'est la devise de l'Union européenne - elle n'ajouterait pas grand-chose, comme on va le voir, à ce qui se trouve d'ores et déjà inscrit dans notre Constitution, en particulier au titre XV. De toute manière, comme on le sait, le comité a préféré renoncer par principe à suggérer toute modification dépourvue d'effet normatif.

Mais précisément, l'écriture de dispositions dotées d'un effet normatif imposerait de pousser extrêmement loin « *l'europeanisation* » de la Constitution française.

Le texte actuel de la Constitution porte déjà la marque d'une adhésion profonde à l'idée communautaire, surtout depuis que le Conseil constitutionnel a confirmé que son titre XV et particulièrement son article 88-1, aux termes duquel la République « *participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées*

d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont institués, d'exercer en commun certaines de leurs compétences», possédait une complète portée normative, ce qui à l'origine avait pu paraître douteux. Le Conseil a en effet estimé que « *le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* »⁵².

L'article 88-1 est donc interprété à la fois comme le signe d'une volonté que l'Union européenne soit plus qu'une simple organisation intergouvernementale et comme le principe générateur d'obligations constitutionnelles lourdes à la charge des autorités de l'État, notamment dans le domaine de la bonne transposition des directives communautaires par les lois et les règlements nationaux⁵³.

Par ailleurs, on ne saurait oublier que **l'application du droit européen sur le territoire national est, aujourd'hui, complètement garantie par l'ensemble des juridictions françaises**. Le droit européen s'impose directement aux personnes publiques comme privées sur le sol français. Le droit national est par ailleurs profondément imprégné lui-même, en amont, par les exigences communautaires, soit au titre de l'harmonisation des législations, soit au titre de la transposition des objectifs assignés, notamment, par les directives de Bruxelles. La

52. CC, 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, JO du 24 novembre 2004, p. 19885.

53. L'introduction, à la faveur de la révision du 25 juin 1992, du nouveau titre XV de la Constitution et notamment de cet article 88-1, a permis au Conseil constitutionnel de créer une exception, importante mais strictement encadrée, à l'interdiction qu'il s'était lui-même imposée de contrôler lui-même la conformité des lois aux règles internationales. Depuis sa décision relative au droit d'auteur (27 juillet 2006, Décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JO du 3 août 2006, p. 11541), le Conseil constitutionnel s'est en effet donné la possibilité de contrôler lui-même la conformité des lois aux directives européennes qui leur tiennent lieu de support pour autant : 1) que la loi en cause ait bien pour objet de transposer la directive, 2) que cette dernière soit précise et inconditionnelle, 3) que la contrariété entre les deux normes soit suffisamment manifeste pour être constatée *de plano* par un Conseil constitutionnel qui n'est pas en situation de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel, et 4) que l'application de ladite directive n'aille pas à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France - sauf, bien sûr, à ce que le constituant y ait lui-même consenti.

supériorité du droit européen sur le droit national, qui résulte, dans l'ordre interne, de l'article 55 de la Constitution et qui est sanctionnée par l'ensemble des juridictions françaises, conduit aussi à ce que les lois et règlements qui se vérifieraient contraires à une règle européenne soient toujours susceptibles de se voir écarter par les juridictions administratives comme par les juridictions judiciaires, à la demande de n'importe quel requérant. S'ajoute à tout cela que les juges français ont fait leur la quasi-totalité de la jurisprudence des Cours européennes. Bref : l'Europe n'est nulle part plus réelle que dans le domaine du droit.

Puisque ce point élevé d'intégration est incontestable, il faut se demander à quoi pourrait précisément correspondre une nouvelle avancée européenne en matière constitutionnelle, et le faire avec la plus grande attention.

Il est apparu au comité qu'**en pratique, et quelle que soit d'ailleurs la forme retenue pour une telle évolution, deux effets - voulus ou collatéraux - pouvaient et devaient être envisagés** : l'acceptabilité *a priori* et de principe, au niveau constitutionnel, de toute évolution ultérieure des traités communautaires ; le renoncement à faire prévaloir les règles révélatrices de l'identité constitutionnelle de la France sur les normes européennes en matière de droits fondamentaux.

Aucune de ces deux éventualités ne lui est apparue souhaitable.

a) Admettre par anticipation l'acceptabilité constitutionnelle de toute évolution ultérieure des traités communautaires ?

Dans l'état actuel du droit constitutionnel, les abandons, au profit d'organisations internationales, de prérogatives considérées comme souveraines ou du moins comme rattachées aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, sont en principe tenus pour inconstitutionnels. **Il est donc**

nécessaire de modifier la Constitution à chaque fois que l'évolution des traités instituant les Communautés emporte une nouvelle délégation de la puissance souveraine de l'État aux instances de l'Union.

En pratique, le Conseil constitutionnel est saisi du projet de nouveau traité et se prononce sur sa compatibilité avec la Constitution⁵⁴. S'il décèle une contrariété, le Gouvernement est placé devant une alternative radicale : renoncer à l'adoption finale du traité ou solliciter la modification de la Constitution.

La participation de la France à la construction communautaire, au cours de ces dernières décennies, s'est réalisée sur ces bases. Chacune des grandes avancées sur le chemin de l'intégration européenne - par exemple, l'entrée en vigueur des accords de Schengen, le Traité de Maastricht, le mandat d'arrêt européen, la possibilité offerte de ratifier les traités portant Constitution européenne, et dernièrement le Traité de Lisbonne - s'est faite selon la même séquence : saisine du Conseil constitutionnel sur le projet de traité ou d'acte de droit communautaire dérivé, déclaration de l'incompatibilité de telle ou telle de ses stipulations avec la Constitution, révision *ad hoc* du texte constitutionnel.

Ainsi, l'intégration progressive de la France dans l'Europe n'a jamais été subie par le pouvoir constituant, mais discutée et voulue par lui à chaque stade.

Ce processus est lourd. Surtout, il atteste par lui-même une sorte de réserve de la France à l'égard de la construction européenne, puisque aucun blanc-seing n'est jamais donné, que chaque étape requiert une autorisation spéciale et que le risque de l'échec, voire de la paralysie, plane sur chacune d'elles. Incontestablement, **aucun geste ne serait donc plus « européen », sous ce**

54. L'article 54 de la Constitution dispose : « *Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution* ».

rapport, que celui consistant à accueillir par principe comme bienvenue et constitutionnellement incontestable toute nouvelle évolution des traités constitutifs de l'Union.

Aux yeux du comité, **cette perspective n'a pourtant pas paru souhaitable.**

- Sur le plan théorique, elle équivaudrait à un **abandon pur et simple de souveraineté constituante** et l'on voit mal que cela puisse se concevoir indépendamment de l'éventuelle transformation de l'Union européenne en une véritable fédération, au sens plein du terme ; une telle évolution n'est pas acquise pour le futur, et elle est encore moins crédible pour un avenir immédiat.

- Sur le plan politique, un tel bouleversement serait de nature à provoquer de **profonds clivages** au sein de l'opinion française. Elle paraîtrait surtout propre à susciter en son sein une approche passionnelle de la question européenne. Rien de tout cela ne paraît souhaitable, y compris dans l'intérêt même de la construction européenne.

Au total, il est apparu au comité qu'il n'était, tous comptes faits, nullement dommageable pour la défense de l'idéal européen que le constituant français conserve la plénitude de sa capacité à accompagner, ou non, la marche de l'intégration européenne. En outre, comme on le sait, le comité a fait sienne la conviction générale selon laquelle, parce que la Constitution est la maison commune de la République, elle ne gagne à être révisée que dans le sens du plus large consensus. Il ne pouvait donc proposer que soit inscrite dans le Préambule une règle propre à diviser le pays et à compromettre, paradoxalement, la durée et la profondeur de son engagement dans une Europe institutionnalisée.

b) Renoncer à faire prévaloir les règles révélatrices de l'identité constitutionnelle française sur les normes européennes ?

Le comité a considéré que, dans l'hypothèse où serait retenu le principe de l'inscription d'une nouvelle référence à l'appartenance européenne de la France, une conséquence juridique très importante devait être envisagée comme possible si ce n'est comme probable : l'écriture d'une telle norme pourrait laisser penser que **la participation de la France à l'Union européenne devrait désormais être regardée comme faisant partie de l'identité constitutionnelle de la République**. La disposition nouvelle pourrait ainsi être interprétée comme emportant renoncement à faire, précisément, prévaloir ces règles constitutionnelles révélatrices de notre identité propre.

On sait en effet que les juridictions françaises ont progressivement imposé cette lecture des relations entre la Constitution et le droit international. Pour le dire simplement, les deux corps de règles sont présumés convergents et compatibles, ce qui simplifie beaucoup leur application coordonnée et harmonieuse. À chaque fois que cela se vérifie possible, il est même de plus en plus fréquent que les juges français interprètent la Constitution à la lumière des normes européennes et de la jurisprudence dont elles font l'objet⁵⁵. Mais cette présomption d'harmonie ne

55. Le désormais célèbre arrêt *Arcelor* du Conseil d'État donne de cela un très bon exemple (CE, Ass., 8 févr. 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, req. n° 287110 ; RFDA 2007. 384, concl. Guyomar ; AJDA 2007. 577, chron. Lenica et Boucher) : « *Considérant que si, aux termes de l'article 55 de la Constitution, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne saurait s'imposer, dans l'ordre interne, aux principes et dispositions à valeur constitutionnelle ; qu'en égard aux dispositions de l'article 88-1 de la Constitution, selon lesquelles « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences », dont découle une obligation constitutionnelle de transposition des directives, le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles ; qu'alors, si le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté, il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, en*

fonctionne que jusqu'à preuve du contraire. **S'il apparaît que l'application de la règle européenne aboutit à contrecarrer franchement le jeu d'une règle constitutionnelle spécifique, et donc attachée par là-même à « l'identité constitutionnelle de la France », cette dernière doit prévaloir**⁵⁶. Dit autrement, tout est fait pour que les conflits entre normes constitutionnelles et normes européennes soient les plus rares possibles mais, lorsqu'ils ne peuvent être évités, ils doivent se régler devant les juridictions françaises en faveur de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a même estimé que cette lecture de l'articulation des ordres juridiques français et européen devait se comprendre comme une condition *sine qua non* de l'éventuelle ratification du traité portant projet de Constitution pour l'Europe, lequel comprend, comme on sait, l'affirmation d'un principe de primauté de la règle européenne sur la règle nationale⁵⁷.

égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne ; qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ».

56. Aux termes de la décision du 27 juillet 2006 précitée du Conseil constitutionnel : « *La transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* ».

57. » *Aux termes de l'article I-1 du traité : "Inspirée par la volonté des citoyens et des Etats d'Europe de bâtir leur avenir commun, la présente Constitution établit l'Union européenne, à laquelle les Etats membres attribuent des compétences pour atteindre leurs objectifs communs. L'Union coordonne les politiques des Etats membres visant à atteindre ces objectifs et exerce sur le mode communautaire les compétences qu'ils lui attribuent". En vertu de l'article I-5, l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres "inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles". Aux termes de l'article I-6 : "La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats membres". Il résulte d'une déclaration annexée au traité que cet article ne confère pas au principe de primauté une portée autre que celle qui était antérieurement la sienne. Si l'article I-1 du traité substitue aux organisations établies par les traités antérieurs une organisation unique, l'Union européenne, dotée en vertu de l'article I-7 de la personnalité juridique, il ressort de l'ensemble des stipulations de ce traité, et notamment du rapprochement de ses articles I-5 et I-6, qu'il ne modifie ni la nature de l'Union européenne, ni la portée du*

Certes, on s'accorde à considérer que ces fameuses règles inhérentes à « *l'identité constitutionnelle française* » ne sont guère nombreuses aujourd'hui. On invoque généralement le principe de laïcité, la conception française de l'égalité républicaine voire, plus hypothétiquement, la part constitutionnelle de la conception française du service public. Mais cette relative rareté n'enlève assurément rien à l'importance subjective que revêtent ces principes. Nul doute que l'attachement dont ils font l'objet dans le pays soit considérable.

Aussi bien est-il apparu au comité qu'il n'était ni utile ni prudent de suggérer une évolution du Préambule qui serait, directement ou indirectement, susceptible de remettre en cause cet équilibre satisfaisant et garant d'une vision pacifiée de la construction juridique européenne.

Au total, le comité a donc considéré que le service de la construction européenne rejoignait les exigences du consensus national en matière constitutionnelle. L'un et l'autre commandaient à ses yeux qu'aucune modification du Préambule ne soit proposée à l'effet de raffermir l'ancrage constitutionnel de l'Europe. Les avantages possibles d'une telle révision seraient faibles, si ce n'est inexistants. Ses inconvénients - programmés ou accidentels - seraient en revanche bien réels. La conviction du comité s'est en tout cas faite unanimement en ce sens.

2. Inscrire une référence spécifique aux traités internationaux et européens de protection des droits fondamentaux ?

Poursuivant sa réflexion, le comité s'est interrogé sur l'opportunité de suggérer l'inscription dans le Préambule d'une disposition en vertu de laquelle « *la République française fait siennes les valeurs proclamées par les conventions internationales et*

principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions susvisées des 10 juin, 1er et 29 juillet 2004, de l'article 88-1 de la Constitution. Dès lors, l'article I-6 du traité soumis à l'examen du Conseil n'implique pas de révision de la Constitution » (nous soul.) (CC, 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, préc. note 52, cons. 11 à 13).

européennes relatives aux droits et aux libertés fondamentales de l'homme et du citoyen ». Il a finalement renoncé à formuler cette proposition.

Un texte de cette nature aurait pour effet de **conférer une autorité de niveau constitutionnel aux traités dont il s'agit**. La discussion juridique peut certainement s'ouvrir sur le point de savoir si cette constitutionnalisation serait ou non véritable, complète, directe, limitée à des questions d'interprétation... Mais ces nuances n'ont qu'une importance pratique réduite. Il faut en effet considérer deux éléments fondamentaux :

- D'une part - et l'on retrouve ici un des constats sur lesquels le comité a étayé l'ensemble de sa réflexion méthodologique - toute l'histoire du droit constitutionnel depuis les années 1970 montre que le Préambule de la Constitution est le réceptacle de véritables règles de droit. Les acteurs, et notamment les juges, sont donc naturellement fondés et enclins à en tirer des conséquences juridiques précises et concrètes. Nul ne saurait donc garantir, ni d'ailleurs espérer, que l'inscription d'une telle disposition puisse avoir une simple portée symbolique.

- D'autre part, et corrélativement, il est probable que l'ajout au Préambule de la disposition projetée conduirait le Conseil constitutionnel à censurer lui-même la violation par la loi des traités auxquels il serait ainsi fait référence. Le précédent de l'article 88-1 de la Constitution ne laisse guère de doute à cet égard : l'écriture de ce nouvel article pour les besoins de l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht a constitutionnalisé l'obligation faite au législateur de transposer correctement les directives communautaires, ce que le Conseil constitutionnel a interprété comme l'habilitant à effectuer lui-même le contrôle de conformité des lois de transposition auxdites directives⁵⁸, alors qu'il jugeait cela

58. V. supra note 53.

impossible en vertu de sa jurisprudence traditionnelle⁵⁹. L'introduction d'une référence constitutionnelle, même implicite, aux directives communautaires en cours de transposition a donc eu pour effet de modifier en profondeur la manière dont leur respect est garanti par le juge.

Fort de cet enseignement, le comité a considéré que le projet de disposition constitutionnelle sur lequel il réfléchissait aurait très probablement pour conséquence de modifier le régime juridique aujourd'hui applicable aux « *conventions internationales et européennes relatives aux droits et aux libertés fondamentales* »⁶⁰ : une obligation constitutionnelle spécifique naîtrait par là, qui imposerait de respecter ces traités mieux ou autrement que les autres.

Cette perspective lui a paru poser plus de problèmes qu'elle ne serait susceptible d'en résoudre. Le comité a d'abord relevé que l'adoption d'un texte de ce type était peu compatible avec les choix opérés tout récemment par le constituant lors de la révision de juillet 2008 à propos de l'exception d'inconstitutionnalité. En second lieu et de surcroît, le comité s'est montré très réservé sur l'opportunité – voire l'utilité - d'une telle démarche.

a) Un ajout incohérent compte tenu de la rédaction nouvelle de la Constitution

Dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, la Constitution comprend désormais un article 61-1 ainsi rédigé :

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil

59. CC, 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, JO du 16 janvier 1975, p. 671.

60. On se souvient que tous les traités ont, aujourd'hui, une autorité supérieure à celle des lois (art. 55 de la Constitution), mais inférieure à celle de la Constitution.

d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article » (nous soul.).

La teneur exacte de ce texte est limpide - et révélatrice d'une volonté très nette - si l'on en retrace la genèse depuis les travaux du comité Balladur jusqu'aux derniers arbitrages rendus par le constituant au cours des débats parlementaires.

Elle signifie que le Conseil constitutionnel aura désormais pleine compétence pour contrôler, par voie d'exception, la conformité des lois aux dispositions de fond de la Constitution, mais qu'il n'en a aucune, réserve faite des conséquences qui découlent de l'article 88-1 (cf. ci-dessus), pour contrôler la conformité de ces mêmes lois aux conventions internationales. Le contrôle de conventionnalité est réservé, comme il l'est depuis plusieurs années, aux juges « ordinaires » - judiciaire et administratif⁶¹. Le rapport du comité Balladur montre que celui-ci s'était interrogé sur la pertinence de cette dichotomie avant, tout bien considéré, de trancher clairement pour son maintien ; quelques mois plus tard, le constituant a suivi cette recommandation.

Si le Préambule devait contenir un nouvel alinéa aux termes duquel : « *La République française fait siennes les valeurs proclamées par les conventions internationales et européennes relatives aux droits et aux libertés fondamentales de l'homme et du citoyen* », les modalités du contrôle juridictionnel de la loi voulues par le constituant ne pourraient plus être maintenues. Gardien du Préambule, le Conseil constitutionnel le serait tout autant des dispositions de ce nouvel alinéa. Il disposerait donc d'un titre constitutionnel spécifique pour contrôler lui-même la conformité des lois aux conventions internationales de protection des droits fondamentaux.

61. Cette règle d'incompétence du Conseil constitutionnel ne connaît qu'une seule exception, expressément fondée sur l'article 88-1 de la Constitution interprété comme imposant une obligation singulière de correcte transposition des directives communautaires : le Conseil constitutionnel peut censurer la violation « manifeste », par une loi « de transposition », de la directive communautaire qui lui tient lieu de support (décision du 27 juillet 2006, préc. note 53).

Or, le comité a compris que c'est précisément ce que le constituant de 2008, après y avoir réfléchi, n'avait pas retenu. Dans l'économie de la Constitution révisée, le juge constitutionnel n'a pas compétence pour examiner la conventionnalité internationale des lois dans le cadre de son contrôle *a posteriori*. En cohérence, **le comité ne pouvait pas proposer d'habiliter le Conseil constitutionnel à exercer cette mission - fût-ce pour les seuls traités européens de protection des droits de l'homme - que le constituant venait sciemment de ne pas lui attribuer.** En tout état de cause, cette solution présenterait divers inconvénients.

b) Un ajout inopportun et sans doute inutile

Outre qu'elle soulèverait de redoutables problèmes de champ d'application, la consécration d'un statut constitutionnel particulier pour les traités de protection des droits fondamentaux présenterait, aux yeux du comité, un autre inconvénient : elle **empêcherait la France de faire automatiquement prévaloir sur ces traités les valeurs attachées à sa spécificité constitutionnelle.** Comme on l'a vu, une disposition de cet ordre aboutirait d'une manière ou d'une autre à ce que la Constitution fasse siennes les normes internationales auxquelles il serait fait référence. Ces dernières acquerraient potentiellement la propre valeur juridique de la loi fondamentale. Or l'égalité hiérarchique entre règles constitutionnelles exclut toute préférence véritable. Le conflit de normes égales ne peut se résoudre, on l'a vu, que dans leur conciliation.

Indépendamment même de tout jugement de valeur sur le fond d'une telle évolution, il faut craindre qu'elle soit de nature à susciter un important conflit autour des questions d'intégration européenne, *a fortiori* si peu de temps après l'échec du référendum sur le projet de constitution européenne. Nombreux seraient les esprits prompts à lire dans un tel texte la matière d'un renoncement de

la France à exprimer et à faire prévaloir son identité juridique propre. Et cette accusation serait d'autant plus vive que seraient invoqués, au premier rang des valeurs spécifiques, le principe de laïcité - qui n'a effectivement pas d'équivalent international -, le principe d'égalité, dans son acception réputée « républicaine », ainsi peut-être que la part constitutionnelle du « service public à la française ».

Le Préambule ainsi réécrit aboutirait notamment à remettre en question le parti adopté depuis quelques années par le Conseil constitutionnel aux fins d'empêcher que l'application des règles internationales puisse compromettre le jeu des valeurs porteuses que le Conseil appelle lui-même « *l'identité constitutionnelle de la France* »⁶². Les jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État –qui poursuivent la même fin - seraient également fragilisées. Il n'existerait plus de garantie de plein droit que certains principes constitutionnels français - dotés au surplus d'une forte charge symbolique - puissent prévaloir et s'imposer, ni sur les normes issues des traités dans leur configuration actuelle, ni même sur les normes issues des modifications ultérieures de ces traités.

Rien de tout cela ne saurait faire aisément consensus et les avantages pratiques d'une telle innovation seraient des plus minces. Car la vérité est qu'**il n'est pas nécessaire de renforcer la garantie juridique dont bénéficient, en France, les traités de protection des droits fondamentaux, puisqu'elle est, techniquement s'entend, complète** : il n'existe en effet plus aucun obstacle, de fond ou de procédure, à l'application quotidienne et complète de ces normes internationales par les tribunaux français dès lors qu'elles ne contreviennent pas elles-mêmes à notre Constitution.

62. C'est la terminologie du Conseil constitutionnel lui-même.

Le comité n'a donc eu aucune hésitation à renoncer à proposer l'adoption d'un dispositif dont il a estimé, à l'analyse, qu'il ne réaliserait aucun progrès véritable pour le citoyen.

B. — LA PARITE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES

1. La situation avant la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008

Lorsque le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution a débuté ses travaux, il ignorait que le Parlement, à l'initiative de deux députés, s'emparerait de la question de la parité à l'occasion de l'examen du projet de loi constitutionnelle de modernisation de la Constitution.

Force est de constater que la question méritait une réponse, dans la mesure où, à la lumière de l'expertise à laquelle il a procédé, le comité a pu apprécier le chemin qu'il restait à parcourir en ce domaine.

En effet, si le combat - car c'est bien ainsi qu'il faut parler - mené par les femmes après la Déclaration des droits de 1789 pour acquérir une complète égalité juridique avec les hommes a duré deux cents ans, celui nécessaire pour traduire cette égalité de droit en égalité de fait n'est pas encore achevé.

En termes de droits des hommes et des femmes, **le concept de parité - qui ne figure en tant que tel dans aucun texte - est apparu à une époque où, en France, l'égalité en droit était parvenue quasiment au terme de son processus.**

Qu'il s'agisse des textes supra-législatifs de droit international ou de droit interne, tous affirment l'égalité des droits entre les hommes et les femmes.

Ainsi, la Déclaration de 1789 a-t-elle proclamé une égalité en droits, le

Préambule de la Constitution de 1946 a-t-il garanti à la femme, par l'intermédiaire de la loi, des droits égaux à ceux de l'homme dans tous les domaines et la Constitution de 1958 a-t-elle entendu assurer l'égalité devant la loi de tous les citoyens.

Cette égalité juridique a néanmoins tardé à irriguer tous les domaines : ce ne sont là que quelques exemples, mais il faut se souvenir que :

- *sur le plan des droits civiques*, les femmes ont pu devenir électrices et éligibles seulement en 1944 ;

- *sur le plan des droits civils*, elles se sont vu conférer des droits égaux à ceux des hommes en matière d'autorité parentale seulement en 1970, en matière de divorce seulement en 1975, en matière de régime légal de communauté seulement en 1985 et en matière de dévolution du nom de famille seulement en 2002 ;

- *sur le plan des droits sociaux*, elles se sont vu reconnaître leur égalité professionnelle avec les hommes seulement en 1983.

Un certain nombre de dispositions ont, depuis lors, été édictées en vue de **rendre une telle égalité juridique effective**, essentiellement dans le domaine de la vie politique et dans celui de la vie professionnelle : ainsi en est-il, par exemple, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dans sa rédaction issue du Traité de Lisbonne, qui dispose, en son article 3, que, « *pour toutes ses actions, l'Union cherche à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes* » ou encore du Traité instituant la Communauté européenne, dans sa rédaction issue du Traité de Nice, qui prévoit, en son article 141, que, « *pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle* ».

En France, dans le domaine politique, après que les mesures législatives tendant à favoriser la participation des femmes à la vie publique se sont heurtées à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui avait considéré que les principes d'égalité et d'universalité du suffrage s'opposaient à « *toute division par catégories des électeurs ou des éligibles* »⁶³, **la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes a levé cet obstacle juridique** en ajoutant à l'article 3 de la Constitution un alinéa ainsi conçu : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* ».

Par la suite, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il était « *désormais loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant* »⁶⁴, ce qui a permis l'adoption des lois n° 2000-493 du 6 juin 2000 et n° 2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, n° 2003-327 du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, n° 2003-697 du 30 juillet 2003 portant réforme de l'élection des sénateurs ou encore n° 2008-175 du 26 février 2008 facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général.

Toutefois, **le Conseil constitutionnel a logiquement cantonné, eu égard à la lettre du texte constitutionnel, ce type de dispositions « *aux élections à des mandats et fonctions politiques* »**⁶⁵. Par ailleurs, il a estimé que les dispositions instituant des jurys de validation des acquis de l'expérience « *ne*

63. 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, JO du 19 novembre 1982, p. 3475 (+ rectification au JO du 20 novembre 1982).

64. 30 mai 2000, n° 2000-429 DC, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, JO du 7 juin 2000, p. 2564.

65. 19 juin 2001, n° 2001-445 DC, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, JO du 26 juin 2001, p. 10525.

*sauraient avoir pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution de ces jurys, la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications »*⁶⁶, le Conseil d'Etat ayant repris récemment la même analyse⁶⁷. En outre, il a considéré que, « *si la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles [...], elle ne saurait, sans les méconnaître, faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune* », de sorte qu'il a invalidé, comme étant contraires au principe d'égalité devant la loi, des dispositions imposant le respect de proportions déterminées entre les hommes et les femmes au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public, dans les comités d'entreprise, parmi les délégués du personnel ou encore sur la liste des candidats aux conseils des prud'hommes et aux organismes paritaires de la fonction publique⁶⁸.

En dépit des dispositifs législatifs aujourd'hui en vigueur, certes récents, **le bilan affiché par la parité s'avère relativement modeste.**

Dans le domaine de la vie politique, la situation est en constante évolution au bénéfice des femmes, mais dans une mesure encore assez faible. En Europe, avec 7 femmes parmi les 16 ministres au gouvernement, la France se situe au 3^{ème} rang, juste derrière la Finlande et la Suède ; mais avec 105 députés sur les 577 que compte l'Assemblée nationale, elle ne se situe qu'au 17^{ème} rang. Lors des élections sénatoriales, les femmes ont représenté 10,9 % des élus en 2001, 18,1 % en 2004, et 21,9 % en 2008 : sur les 343 sénateurs, 75 sont des femmes. Lors des élections législatives, les femmes ont représenté 6,1 % des élus en 1993, 10,9 % en 1997, 12,3% en 2002 et 18,5 % en 2007 ; lors des élections municipales, elles ont

66. 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*, JO du 18 janvier 2002, p. 1053.

67. 22 juin 2007, *Lesourd*, n° 288206, Lebon.

68. 16 mars 2006, n° 2006-533 DC, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, JO du 24 mars 2006, p. 4446.

représenté 4,4 % des maires des villes de plus de 35.000 habitants en 1995, 6,7 % en 2001 et 9,5 % en 2008 ; lors des élections cantonales, elles ont représenté 5,4 % des conseillers généraux en 1994, 8,6 % en 1998, 9,8 % en 2001, 10,9 % en 2004 et 13,1 % en 2008.

Dans le domaine de la vie professionnelle, le comportement d'activité des femmes se rapproche de celui des hommes, mais reste marqué par certaines spécificités : leur taux d'activité (proportion d'actifs âgés de 15 ans ou plus dans la population âgée de 15 ans ou plus) demeure plus faible (près de 65 % contre près de 75 %), mais leurs carrières deviennent plus continues ; leur taux d'activité est sensible à la présence d'enfants et à la catégorie socio-professionnelle de leur conjoint. Sur le marché du travail, la situation des femmes reste distincte de celle des hommes en ce qui concerne, d'une part, les professions exercées (cadres et assimilés : 2,5 millions d'hommes contre 1,4 million de femmes ; professions intermédiaires : équivalence ; employés : 6 millions de femmes contre 1,7 million d'hommes ; ouvriers : 13,5 millions d'hommes contre 11,5 millions de femmes), d'autre part, les formes d'emplois occupés (32 % des non-salariés et 47,6 % des salariés sont des femmes ; proportion équivalente de femmes et d'hommes en CDD et en CDI ; plus de 30 % des femmes occupent des emplois à temps partiel, alors seulement qu'un peu plus de 5 % d'hommes sont dans ce cas), enfin, les risques de chômage (taux de chômage légèrement supérieur chez les femmes). La présence de femmes dirigeantes dans les entreprises est passée de 36 % en 2001 à 38 % en 2006 et reste particulièrement faible dans les plus grandes d'entre elles. Les inégalités de revenus entre les hommes et les femmes subsistent, principalement dans le domaine des salaires : globalement, tant en ce qui concerne la fonction publique que le secteur privé et semi-public, les femmes perçoivent de 80 à 95 % du salaire octroyé aux hommes, les inégalités étant plus importantes lorsque les revenus sont plus élevés. Mais ces inégalités existent également en ce

qui concerne les retraites et les minima sociaux, ce qui engendre des conséquences sur le seuil de pauvreté.

2. L'intervention du pouvoir constituant

Sur cette question de la parité, le comité avait procédé à l'audition d'un certain nombre de **personnalités, qui s'étaient montrées en majorité favorables à l'ajout d'une disposition dans la Constitution** (Mme Valérie Létard, secrétaire d'Etat chargée de la solidarité auprès du ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité ; Mme Laurence Parisot, présidente du Medef ; M. Louis Schweitzer, président de la Halde...), lorsqu'il a été informé d'une initiative parlementaire en ce sens.

Au cours de l'examen du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions, Mmes les députées Marie-Jo Zimmermann et Claude Greff ont en effet présenté un **amendement** visant à permettre au législateur de favoriser une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans le milieu professionnel, en levant les obstacles identifiés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 mars 2006⁶⁹. En dépit d'un avis défavorable du gouvernement, non pas sur le fond mais sur la méthode, la garde des sceaux ayant fait valoir que le comité de réflexion sur le Préambule était saisi de la question, l'Assemblée nationale a adopté, en première lecture, un texte portant modification de l'article 34 de la Constitution. Le Sénat a adopté, également en première lecture, un texte qui a rassemblé les dispositions relatives à l'égalité entre les femmes et les hommes au sein d'un nouvel alinéa complétant l'article 1^{er} de la Constitution.

C'est ce texte que le Parlement réuni en Congrès a voté le 21 juillet 2008 :
« *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions*

69. Préc. note 68.

électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales » (nous soul.).

Dans ces conditions, conformément à la doctrine qu'il s'est fixée de ne pas se prononcer dans les matières où le constituant est intervenu, le comité a considéré qu'il ne lui appartenait plus de statuer sur la question de la parité entre les hommes et les femmes. **Il a pris acte de ce que, précédant ses recommandations en la matière, le constituant avait adopté une disposition spécifique dans l'un des deux grands domaines où l'égalité entre les hommes et les femmes n'est pas encore, à l'heure actuelle, totalement effective.**

C. – DIVERSITE, ACTION POSITIVE, EGALITE DES CHANCES

Fernand Braudel écrivait, dans *L'Identité de la France*⁷⁰ : « Lucien Febvre répétait, et il faut répéter après lui, que la France se nomme diversité. J'aimerais presque dire, bien que ce soit plus plat, est diversité. Car ce n'est pas seulement une apparence, une appellation, mais une réalité concrète, le triomphe éclatant du pluriel, de l'hétérogénéité [...]. Cent mille France sont en place, jadis, hier, aujourd'hui. Acceptons cette vérité, cette profusion [...] ». Et de parler, quelques pages plus loin, d'une « *étonnante mosaïque* ».

Mais de la constatation d'une vérité d'évidence d'un point de vue géographique, sociologique, humain, historique, économique ou politique, à la reconnaissance d'un principe juridique venant, sinon se substituer aux concepts d'égalité et d'indivisibilité, du moins leur apporter un correctif ou un contrepoint, il y a un pas dont il était demandé au comité d'évaluer la nécessité juridique et les implications possibles.

70. Arthaud-Flammarion, 1987.

« *Faut-il rendre possibles de nouvelles politiques d'intégration valorisant davantage la diversité de la société française pour favoriser le respect effectif du principe d'égalité ?* » C'est en ces termes qu'était formulée la lettre de mission adressée au comité. Et c'est - pourquoi ne pas le dire ? - sur cette question que sa réflexion a, au fil du temps, des auditions et des délibérations, le plus évolué.

Tout au long de ce cheminement, dont les étapes sont retracées ci-après, deux constantes ont orienté son travail :

- La conscience, d'abord, que **l'une des aspirations les plus fortes et les plus caractéristiques de la société contemporaine est la recherche de l'égalité des chances** et la lutte contre les discriminations. À cet égard, le comité n'a ni négligé ni sous-estimé la portée symbolique et politique d'un geste consistant à manifester au niveau du Préambule de la Constitution, sous une forme à déterminer, le devoir pour la République de se préoccuper de la mise en œuvre des principes qu'elle proclame et de créer les conditions de leur réalisation.

- Ensuite, **le sentiment, parfaitement partagé par le comité, selon lequel il est nécessaire que l'action publique prenne davantage en compte les discriminations de fait pour mettre en œuvre des mesures rectificatrices**, quel que soit le nom qu'on veuille donner à de telles politiques. Le comité s'est tenu, au demeurant, à l'écart des traditionnelles querelles - parfois d'ailleurs plus sémantiques qu'idéologiques - entre les tenants de l'universalisme républicain et ceux de la discrimination positive ou du différentialisme. Il s'est plus simplement accordé sur l'idée que la logique consistant, lorsque cela est justifié, à donner plus à ceux qui ont moins n'est pas contraire au principe d'égalité, mais conforme à une vision moderne dudit principe, tant il est vrai qu'un traitement strictement égal des personnes peut échouer, au moins partiellement, à produire entre elles l'égalité que nul ne conteste en tant que finalité.

Que la place, dans la société française, des personnes issues des minorités visibles ou de la diversité, pour reprendre une terminologie désormais usuelle, appelle à cet égard une attention particulière est suffisamment établi et reconnu pour qu'il soit besoin d'y insister. De toute évidence - et la chose a été documentée par de multiples études administratives ou universitaires - ces personnes rencontrent des difficultés spécifiques, par exemple dans l'accès à l'emploi ou au logement. En outre, le modèle d'intégration, tel qu'il a fonctionné jusqu'ici, peine à faire émerger, parmi elles, une élite suffisamment nombreuse dans laquelle elles puissent s'identifier et trouver l'indication que les portes des hautes responsabilités ne leur sont pas fermées ; et cette défaillance agit comme un puissant facteur de découragement dans les aspirations des jeunes concernés, nourrissant frustrations et repli sur soi, là où l'intérêt de la société tout entière serait de promouvoir engagement et responsabilisation.

Partant de ces postulats, dont rien au cours de ses travaux n'est venu remettre en cause le bien-fondé, le comité s'est attaché à réfléchir à la question de manière aussi dépassionnée que possible.

1. La prohibition des discriminations fondées sur l'origine, la race ou la religion

Le comité a rapidement dégagé un consensus en son sein pour refuser la promotion de la diversité entendue comme permettant des différenciations directement fondées sur la race, les origines ou la religion.

Soucieux, dans un premier temps, d'éclairer d'un jour nouveau les principes traditionnels - ou ce qu'il percevait comme étant les principes traditionnels - d'unité, d'indivisibilité et d'égalité, pour permettre à ceux qui veulent avancer sur le terrain de l'action positive de le faire sur des bases solides, le comité a examiné

différentes voies envisageables. Il a, ce faisant, rapidement écarté la piste de la prise en compte directe de la race, des origines ou de la religion.

Que l'on parle de « *discrimination positive* »⁷¹, de « *non-discrimination active* »⁷², de « *promotion positive* »⁷³, de « *forme équitable du principe d'égalité* »⁷⁴, de « *mesures de redressement temporaires* » (comme au Canada), de « *mesures spéciales et concrètes* » (comme dans certains instruments internationaux), d'*affirmative action* (comme aux États-Unis) ou d'« *action positive* » (comme en droit communautaire en matière d'égalité hommes/femmes), l'objet est en substance le même : il s'agit de prévoir, « *dans une logique de comblement d'un écart de développement économique et social* »⁷⁵, la distribution préférentielle d'un bien ou d'une prestation aux membres d'un groupe défavorisé.

Reste à savoir - et c'est le point crucial - comment il pourrait être possible de définir le ou les groupes concernés.

Plusieurs pays de par le monde ont expérimenté ou expérimentent encore des dispositifs autorisant à cette fin la prise en compte directe de la race, des origines ou plus rarement de la religion. Le refus du comité de transposer en France une telle logique procède de quatre séries de considérations.

- Le comité n'a, en premier lieu, pas manqué d'observer que **les motifs qui ont historiquement justifié, dans les pays concernés, la mise en**

71. Sur la notion même de discrimination positive, voir Gwénaële Calvès, *La discrimination positive*, Que sais-je n° 3712, Paris : PUF, 2005 ; voir aussi l'ensemble des contributions du n° 111 de la revue *Pouvoirs* (Le Seuil, 2004).

72. Jeannette Bougrab, *Vers des « affirmative actions » à la française ?* in *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive*, Rapport du Conseil d'analyse de la société, 2006.

73. Voir en ce sens le Haut conseil à l'intégration, Rapport au Premier ministre, *Le contrat et l'intégration*, La Documentation française, 2004 ; ou l'article de F. Stasse dans la revue *Pouvoirs* mentionnée ci-dessus.

74. Conseil d'Etat, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, La Documentation française, EDCE 1997, n° 48.

75. G. Calvès, op. cit.

œuvre de tels critères ne trouvent pas d'équivalent direct en France. Aux États-Unis, en Afrique du Sud ou en Inde notamment, les dispositifs de promotion par le droit ont fait suite, pour les groupes ethniques qu'ils visent, à des périodes de véritable ségrégation *par le droit*. Pour le dire autrement, la discrimination positive ainsi conçue ne peut avoir un sens qu'à la condition d'apparaître aux yeux de tous comme une mesure de rattrapage au profit de groupes ayant été victimes dans leur propre pays d'une entreprise de marginalisation organisée *par le système juridique*, et qui se sont de ce fait trouvés maintenus dans une position sociale subalterne. Soit dit par parenthèse, on peut penser que l'acceptabilité sociale des règles visant à favoriser en France la parité entre les femmes et les hommes dans la sphère politique est à relier, au moins pour une part, à cette période encore récente où les femmes étaient privées du droit de vote et d'éligibilité.

Mais précisément, les situations sont très différentes. Une *affirmative action* à l'américaine ne trouverait pas, en France, à se justifier solidement.

La différence d'approche entre la France et les Etats-Unis s'exprime d'ailleurs clairement dans le fait que ces derniers n'ont nullement rejeté la notion de race. Les désignations ethniques (*african-american, caucasian, etc...*) sont admises et restent d'ailleurs largement officielles (dans les documents de police par exemple). L'adoption de critères ethniques aux fins de discrimination positive n'est en vérité possible et acceptable que parce que ces critères sont usuels. La situation est différente en France où la notion même de race est, comme l'ont encore montré les débats autour de la révision constitutionnelle de juillet dernier, largement battue en brèche.

- Le comité a, en deuxième lieu, relevé qu'il y aurait quelque paradoxe à s'engager aujourd'hui dans la voie de la discrimination positive sur des fondements ethniques à l'heure où elle marque clairement le pas aux

États-Unis. Alors qu'une politique originale d'*affirmative action* a été mise en œuvre à partir des années 1960 dans trois domaines principaux - accès à l'université, emplois publics et marchés publics - une série d'arrêts de la Cour suprême et de référendums lui ont porté de sérieuses atteintes, au point qu'aujourd'hui sa substance - voire sa conformité à la Constitution - sont aujourd'hui des plus incertains .

Que la Constitution américaine, et plus précisément son 14^{ème} amendement, soit incompatible avec la mise en œuvre de quotas ethniques, la chose est à la vérité connue depuis le 28 juin 1978 et l'arrêt *Regents of the University of California v. Bakke*, confirmé en 2003⁷⁶. A cette dernière date, la Cour suprême admettait encore le principe de la discrimination positive pour les admissions à l'université, à condition que l'origine ethnique ne soit pas utilisée comme un critère prédominant. Tout au plus pouvait-elle constituer un élément parmi d'autres pour des candidats susceptibles de contribuer, par leur valeur, à l'intérêt supérieur (*compelling state interest*) d'un recrutement diversifié au sens le plus large du terme. Est donc censurée depuis longtemps l'attribution automatique de points en fonction de critères ethniques⁷⁷. Par deux arrêts du 28 juin 2007⁷⁸, la Cour a semblé aller plus loin encore en remettant en cause, au moins dans certains cas, le principe même de la prise en compte de l'origine ethnique, notamment lorsque les autorités scolaires sont dans l'incapacité de démontrer que des classifications autres qu'explicitement raciales n'auraient pas permis d'atteindre les mêmes objectifs. Elle conclut même son arrêt par la formule suivante : « *The way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race* »⁷⁹.

76. Cour suprême, 23 juin 2003, *Grutter v. Bollinger*.

77. Voir sur ce second point l'arrêt *Gratz v. Bollinger* du 23 juin 2003 également.

78. Cour suprême, *Parents v. Seattle School District n° 1* et *Meredith v. Jefferson County Board of Education*.

79. » *Le moyen de mettre fin aux discriminations en fonction de la race est de mettre fin aux distinctions en fonction de la race* ».

Indépendamment de ces contraintes juridiques, l'opinion américaine semble de moins en moins acquise à l'idée de la discrimination positive sur critères ethniques. Plusieurs États - et non les moindres : Californie, Floride, Texas, Michigan, Etat de Washington, Nebraska - ont *renoncé* à ces programmes, souvent par référendum⁸⁰.

- En troisième lieu, le comité a estimé impraticable de chercher à atténuer l'interdiction constitutionnelle de toute discrimination fondée sur « l'origine », terme plus neutre, de prime abord, que celui de race. Il lui est, en effet, apparu impossible d'élaborer un système de critères acceptable des « origines », familiales ou plus généralement biographiques.

- En quatrième lieu, le comité a redouté que, sans même parler des risques d'instrumentalisation par des groupes extrémistes, d'une politique de discrimination positive sur une base ethnique, sa mise en œuvre emporte de graves effets pervers : au mieux, un **affaiblissement du vivre-ensemble**, en raison de l'incitation donnée aux administrés de se rattacher à leurs communautés d'appartenance pour pouvoir tirer profit des dispositifs mis en place ; au pire, une **montée des tensions et des ressentiments entre communautés**, génératrice de concurrence entre groupes ethniques et matrice d'une dislocation accrue de la Nation.

Les auditions auxquelles il a procédé, et en particulier celle de Mme Fadela Amara, l'ont renforcé dans la conviction que la reconnaissance de la diversité comme principe d'organisation de la société présentait de tels dangers. **Les propos du candidat Barack Obama ne sont pas moins éclairants**⁸¹ :

80. Pour une présentation détaillée de l'affirmative action telle que pratiquée aux Etats-Unis, voir notamment Daniel Sabbagh, *L'Egalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Economica, 2003.

81. Barack Obama, *De la Race en Amérique* (discours de Philadelphie du 18 mars 2008 ; trad. François Clémenceau), Grasset, 2008 ; voir notamment pp. 42 et suivantes.

« La plupart des américains de la classe ouvrière et de la classe moyenne blanche n'ont pas l'impression d'avoir été spécialement favorisés par leur appartenance raciale. Leur expérience, c'est celle de l'immigrant [...] ; rien ne leur a été donné, ils sont partis de rien. Ils ont travaillé dur toute leur vie, souvent pour voir leur emploi délocalisé et leur retraite dévaluée après une vie de labeur. [...] Dans une période de salaires plafonnés et de concurrence mondiale, les chances de s'en sortir sont perçues comme un jeu à somme nulle, où les rêves de l'un se réalisent aux dépens de l'autre.

Alors, quand on leur demande, pour favoriser la déségrégation, de faire prendre à leurs enfants un bus qui les amènera dans une école à l'autre bout de la ville, quand on leur apprend qu'un afro-américain décroche un bon emploi ou un poste dans une bonne université en raison d'une injustice dont ils ne sont en rien responsables [...], la rancœur s'accumule.

De même que la colère au sein de la communauté noire ne s'exprime pas toujours en public, de même cette rancœur-là ne s'exprime pas publiquement. Elle contribue pourtant à façonner le paysage politique depuis au moins une génération. C'est la colère envers la politique d'assistance de l'État-providence et de la politique de discrimination positive qui ont donné naissance à la coalition Reagan. [...].

[...] Pour la communauté Afro-Américaine, cela signifie qu'il faut accepter les fardeaux de notre passé sans en devenir les victimes. Cela veut dire continuer à exiger une pleine justice dans tous les aspects de la vie américaine. Mais cela signifie également associer nos propres revendications – une meilleure assurance maladie, de meilleures écoles, de meilleurs emplois – aux aspirations de tous les Américains, qu'il s'agisse de la femme blanche qui se débat pour gravir les échelons dans son entreprise, de l'homme blanc qui a été licencié ou de l'immigrant qui s'efforce de nourrir sa famille ».

Au total, le comité n'a donc pas recommandé d'autoriser, dans le Préambule de la Constitution, des politiques d'action positive à fondement ethnique ou racial, fussent-elles conçues comme provisoires. Tel n'était du reste pas, à ses yeux, le sens qu'il fallait prêter à la question qui lui était posée dans la lettre de mission qui lui était adressée.

Il n'a donc pas proposé que soit modifié en ce sens l'article 1^{er} de la Constitution assurant « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

2. L'importance des marges de manœuvre offertes par le cadre constitutionnel actuel pour mettre en œuvre des politiques d'action positive

A bien y réfléchir, il est apparu au comité que, réserve faite des discriminations à caractère ethno-racial, la Constitution en vigueur offrait de très grandes latitudes pour mettre en œuvre des politiques d'action positive.

Il est usuel, pour ne pas dire confortable, d'opposer le modèle républicain français, tel qu'interprété dans toute sa rigueur par le Conseil constitutionnel à la lumière des principes d'égalité, d'unité et d'indivisibilité, à d'autres conceptions de l'intégration et de l'égalité des chances.

Ainsi que l'avait déjà montré, il y a quelques années, la thèse de Ferdinand Mélin-Soucramanien⁸², l'examen plus attentif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le principe d'égalité oblige à nuancer très fortement ce constat, et même à l'invalidier pour une large part. **Le cadre constitutionnel actuel offre une très grande latitude pour la mise en œuvre de politiques de différenciation positive**, lesquelles sont, d'ailleurs, loin d'être inexistantes dans le droit positif français.

S'il lui fallait résumer la situation d'une phrase, le comité affirmerait que, réserve faite des discriminations à raison de la race, de l'origine et de la religion⁸³, dont on vient de voir qu'il ne souhaitait pas les permettre, la Constitution n'est pas un obstacle à la mise en œuvre d'une politique ambitieuse d'action positive. Cette appréciation générale appelle les précisions suivantes :

82. Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997.

83. Les distinctions fondées sur le sexe ont longtemps fait l'objet de la même sévérité ; c'est même pour une large part autour du thème des quotas par sexe que la jurisprudence s'est formée. Mais les révisions constitutionnelles relatives à la parité (1999 et 2008) ont changé les données du problème. Voir sur ce point le chapitre B.

- **Le Conseil constitutionnel a expressément jugé, et de manière répétée, « qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes rencontrant des difficultés particulières »** (voir notamment décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, JO du 27 juin 1986, p. 7978 et décision n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005, *Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi*, JO du 27 juillet 2005, p. 12233, à propos, dans les deux cas, de dispositions particulières visant à favoriser l'emploi des jeunes).

- **Les mesures de différenciation positive destinées à prendre en compte et combattre les inégalités de situation territoriales (quartiers en difficultés, zones rurales en déshérence...) sont admises de longue date.** Le Conseil constitutionnel avait accepté, dès 1986, que des réductions ou des exonérations d'impôts soient consenties aux entreprises situées dans certaines zones où la situation de l'emploi est particulièrement grave (n° 86-207 DC, précitée) ; la loi en question prévoyait au demeurant que lesdites mesures étaient consenties « *pour une durée limitée* ». Mais ultérieurement, dans sa décision relative à la loi sur l'aménagement du territoire, le Conseil a posé solennellement que « *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement et à l'aménagement de certaines parties du territoire dans un but d'intérêt général* » (décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Loi relative à l'aménagement et au développement du territoire*, JO du 1^{er} février 1995, p. 1706).

- Les dispositions dérogatoires visant des **personnes ou catégories de personnes rencontrant des difficultés sociales au sens large** ne s'exposent pas davantage à un risque de censure constitutionnelle : il en a été jugé ainsi à propos de dispositifs réservés aux jeunes (voir les décisions de 1986 et 2005

précitées ou encore décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, JO du 2 avril 2006, p. 4964) ou aux salariés âgés (décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, JO du 28 juillet 1989, p. 9503), ou encore s'agissant de l'embauche préférentielle, par des associations intermédiaires, de chômeurs rencontrant des difficultés particulières d'insertion dans les conditions définies par la loi (décision n° 94-357 DC du 25 janvier 1995, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, JO du 31 janvier 1995, p. 1651). On rappelle par ailleurs que le législateur a pu aller jusqu'à instituer des quotas d'embauche au profit des personnes handicapées⁸⁴.

- **Dans le champ éducatif**, et singulièrement en ce qui concerne l'accès à l'enseignement supérieur, les exigences découlant du Préambule de la Constitution dans sa rédaction actuelle ne sont pas davantage un obstacle à la mise en œuvre de mécanismes de discrimination positive. On sait, notamment, que le Conseil constitutionnel a admis, en 2001, que le législateur puisse autoriser l'Institut d'études politiques de Paris à recruter des étudiants au travers d'une procédure particulière réservée aux élèves des établissements classés en « zone d'éducation prioritaire » (ZEP), considérant que, dans cette matière, le législateur disposait d'un pouvoir d'appréciation et que, de surcroît, la mesure allait dans le sens de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction (treizième alinéa du Préambule de 1946). Il a seulement précisé, dans une réserve d'interprétation, que la sélection opérée parmi les élèves issus des ZEP ne soit pas arbitraire et repose sur des critères objectifs (décision n° 2001- 450 DC du 11 juillet 2001, *Loi portant diverses*

84. Obligation (de résultat) imposée aux employeurs publics et privés d'embaucher des travailleurs handicapés à hauteur de 6 % de leur effectif total (lois des 30 juin 1975 et 10 juillet 1987), sous peine de sanctions financières, sauf contrats conclus avec des établissements du secteur protégé ou paiement d'une « contribution de substitution » à un fonds de développement spécialisé (loi du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées et loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées).

dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, JO du 18 juillet 2001, p. 11506). La « *diversification de l'accès des élèves du second degré aux formations dispensées par l'Institut d'études politiques de Paris* » a été admise en tant que telle comme un objectif d'intérêt général. Et dans l'enseignement secondaire, les gouvernements successifs ont pu, sans se heurter à des objections constitutionnelles, concentrer les moyens sur certaines zones ou certains établissements bénéficiant à ce titre de crédits et effectifs renforcés.

- Il n'est pas jusqu'à **l'accès à l'emploi, et même à l'emploi public**, dont on sait qu'il fait l'objet d'une vigilance particulière de la part du juge constitutionnel dès lors que l'article 6 de la Déclaration de 1789 exclut en principe la prise en compte de tout autre critère que les vertus et les talents, où la jurisprudence du Conseil n'ait fait montre d'une relative souplesse. Sans même invoquer le précédent, qui de toute évidence n'est pas reproductible, de la loi organique n° 60-87 du 26 janvier 1960 portant promotion exceptionnelle des Français musulmans originaires des départements d'Algérie dans la magistrature⁸⁵, on peut notamment relever :

✓ que, dans le contrôle d'une loi relative aux assistants d'éducation⁸⁶, le Conseil constitutionnel a jugé « *loisible au législateur d'instituer une priorité de recrutement en faveur des étudiants boursiers* » (nous soul.) sous la seule réserve que celle-ci « *s'applique à aptitudes égales* » (décision n° 2003-471 DC du 24 avril 2003, *Loi relative aux assistants d'éducation*, JO du 2 mai 2003, p. 7641) ;

85. La loi avait certes été validée (décision n° 60-6 DC du 15 janvier 1960, *Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958*, JO du 20 janvier 1960, p. 629), mais on se situait avant la décision de 1971 élargissant le bloc de constitutionnalité au Préambule de la Constitution.

86. Catégorie de personnels ayant vocation à exercer des fonctions d'assistance à l'équipe éducative, notamment pour l'encadrement et la surveillance des élèves ainsi que pour l'aide à l'accueil et à l'intégration scolaire des élèves handicapés.

✓ que, plus anciennement, le Conseil avait admis la création d'une voie spécifique de recrutement à l'ENA pour des responsables syndicaux ou associatifs ou des élus locaux ; moins que la mesure en elle-même, à la vérité bien naturelle, c'est la motivation de la décision du Conseil constitutionnel qui retient l'attention, jugeant que « *le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics [...] ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans une école de formation ou dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public* » (nous soul.) (décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, JO du 15 janvier 1983, p. 354).

- **L'article 37-1 de la Constitution** offre en outre d'intéressantes potentialités. Dans sa rédaction issue de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, il prévoit que la loi et le règlement « *peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* », viennent élargir le champ des possibles et pourraient devenir une « *formule originale et prometteuse d'encadrement à la française des mesures dérogatoires ou préférentielles susceptibles d'être mises en œuvre dans les domaines les plus variés* »⁸⁷.

- Reste, il est vrai, la question des **statistiques ethniques**, dont le comité, pas plus que l'immense majorité des scientifiques, ne comprendrait qu'elles soient interdites, tant il est vrai que la lutte contre les discriminations suppose de pouvoir les mesurer. Une récente décision du Conseil constitutionnel a jeté le trouble à cet égard, en censurant une disposition législative qui tendait à en permettre la réalisation encadrée. Le Conseil s'est fondé, pour ce faire, sur un double motif, l'un à titre principal de procédure et circonstanciel, l'autre à titre subsidiaire tiré de ce que, « *si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure*

87. G. Calvès, op. cit. p. 83.

de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1^{er} de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race » (décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, JO du 21 novembre 2007, p. 19001).

Certains ont déduit de cette décision, à la vérité surprenante, que le Conseil avait, de la sorte, complètement fermé la porte au principe même de statistiques permettant de connaître les handicaps dont souffrent les minorités visibles⁸⁸. Le commentaire officiel de la décision aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* invite toutefois à une lecture moins radicale, le Conseil n'ayant en fait pas entendu, si l'on se fie à cette explicitation, s'opposer à la collecte de données objectives telles que le nom, l'origine géographique ou la nationalité antérieure à la nationalité française, ni même au traitement de données subjectives comme celles fondées sur le « ressenti d'appartenance ». Or il est permis de penser que la prise en compte du nom, de l'origine géographique ou de la nationalité antérieure à l'acquisition de la nationalité française, tout cela éventuellement joint à la considération du « ressenti d'appartenance » exprimé par les enquêtés, pourrait donner des résultats d'une lisibilité finalement assez comparable à celle que permettrait le maniement d'un référentiel de type ethno-racial. Le comité a donc considéré, au bénéfice de ces explications, que la jurisprudence de novembre 2007 ne justifie pas une modification du Préambule de la Constitution.

Au total, il apparaît au comité que le cadre constitutionnel actuel ne peut pas être regardé comme constituant un obstacle à la mise en œuvre de mesures ambitieuses d'action positive susceptibles de bénéficier, notamment, aux populations d'origine étrangère qui souffrent d'un déficit

88. Voir notamment l'analyse de Dominique Turpin, Dalloz 2008, p. 1648.

d'intégration dans la société française. Il impose, il est vrai, un certain nombre de contraintes qui toutefois ne sont pas sérieusement contestables dans leur principe - on y revient dans un instant - et qui peuvent être synthétisées comme suit :

- La justifiabilité d'une mesure de discrimination positive requiert un certain nombre de conditions :

✓ Lorsqu'il est principalement visé, le paramètre de l'origine doit s'incorporer dans un ensemble plus vaste et autrement défini, sur la base de critères constitutionnellement acceptés (la résorption de difficultés ou de handicaps, la recherche d'un objectif d'égalisation sociale ou territoriale, etc...);

✓ La discrimination envisagée doit apparaître comme un moyen effectivement et objectivement approprié à la finalité ainsi donnée par la loi.

- La mesure projetée sera d'autant mieux admise devant le Conseil constitutionnel :

✓ *qu'elle tendra à satisfaire à une exigence ou à un objectif de nature constitutionnelle.* La poursuite de l'égalité des chances est en ce sens un bon vecteur de justification parce qu'elle s'appuie sur le droit à l'éducation. On peut également penser que la notion de garantie des droits prévue à l'article 16 de la Déclaration de 1789 - avec ce qu'elle semble pouvoir supposer de référence implicite à l'idée d'une garantie effective - fournit une ressource intéressante ;

✓ que le but d'intérêt général poursuivi et le caractère proportionné de la mesure au regard des intérêts et valeurs en présence seront soigneusement documentés dans l'exposé des motifs, les futures études d'impact et les autres travaux parlementaires - étant observé que, dans ce test de proportionnalité, qui réserve les quotas à des cas très particuliers, le pouvoir

d'appréciation du Conseil constitutionnel n'est en tout état de cause pas identique à celui du législateur.

3. Le renoncement à la voie constitutionnelle au profit du développement des politiques concrètes d'action positive

Faut-il voir dans les contraintes ou les précautions qu'impose la jurisprudence du Conseil constitutionnel (c'est-à-dire le Préambule dans sa rédaction actuelle) et qui viennent d'être rappelées la marque d'une regrettable hypocrisie ? Le comité ne l'a pas pensé.

Il est vrai que, comme le souligne Mme Calvès, les politiques susceptibles d'être mises en œuvre dans ce cadre peuvent, en dépit du refus affiché de tenir compte de l'origine des individus, donner **l'équivalent fonctionnel d'une politique préférentielle centrée sur des groupes d'appartenance**, même si le recoupement est partiel et contingent. Chacun sait que les familles issues de l'immigration sont souvent des familles nombreuses, aux enfants sans diplôme et sans emploi, qui vivent dans des quartiers défavorisés.

Mais loin d'être critiquable, le fait qu'elles « *permettent d'atteindre, sans les nommer expressément et surtout sans les désigner exclusivement, les membres de groupes qui, dans d'autres pays, seraient appréhendés comme des groupes ethniques ou raciaux* »⁸⁹, est une **condition même de leur légitimité et de leur acceptabilité** dans le moyen terme. Le recul de la discrimination positive à fondement ethnique aux États-Unis est là pour le démontrer.

Les formules que le comité a, à telle ou telle étape de ses travaux, le plus sérieusement envisagées, et qui se situaient respectivement sur le terrain de l'égalité des chances et de l'effectivité des droits, n'avaient en tout état de cause, dans son

89. G. Calvès, op. cit. p.113.

esprit, ni pour objet ni pour effet de remettre en cause le *color-blindness* des politiques françaises de discrimination positive.

La démonstration n'étant pas faite que, sous réserve de cet interdit, le cadre constitutionnel constitue un obstacle pour la mise en œuvre de politiques ambitieuses de discrimination positive, l'entreprise consistant à modifier le Préambule lui est finalement apparue vaine et, pour tout dire, trompeuse.

Sans doute la portée symbolique et politique d'une mobilisation du pouvoir constituant sur ce sujet ne lui a-t-elle pas échappé. Mais précisément : elle serait **source de graves malentendus** dans la mesure où elle ne changerait rien de substantiel à la nature ou à l'étendue des actions positives susceptibles d'être mises en œuvre, ni par suite à la situation concrète des populations concernées. La seule conséquence indiscutable serait, par suite, la diffusion d'un sentiment de frustration dont l'utilité ne s'impose à aucun titre.

S'ajoutant aux inconvénients intrinsèques de chacune des rédactions envisagées, le souci de préserver la crédibilité de l'acte constituant et de l'action politique en général est donc apparu au comité comme un motif pour ne pas s'engager dans cette voie. **Autrement vertueuse et utile lui est apparue la perspective de voir se préparer et se mettre en œuvre les politiques publiques correctives ambitieuses et concrètes que permettent la Constitution et son Préambule**, tels qu'ils sont aujourd'hui en vigueur.

Le comité a relevé, à titre d'exemple, que le tout récent rapport de M. Michel Wievorka sur *La diversité dans l'enseignement supérieur et la recherche*⁹⁰ formule de nombreuses recommandations qui s'inscrivent parfaitement dans cette démarche avec, notamment, l'extension de procédures spéciales de recrutement telles que

90. Robert Laffont, 2008.

celle mise en œuvre à l'Institut d'études politiques de Paris depuis plusieurs années maintenant. Le rapport de Mme Geneviève Calvès sur *Le renouvellement démographique de la fonction publique de l'État : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?*⁹¹ avait, de la même manière, formulé de nombreuses et intéressantes pistes de réflexion et d'action. Le rapport de M. Claude Bébéar : *Des entreprises aux couleurs de la France*⁹², comporte également des recommandations qui n'ont pas toutes été exploitées comme, par exemple, le CV anonyme. Enfin il faut rappeler que le Conseil constitutionnel n'a rien trouvé à redire à la disposition donnant au Conseil supérieur de l'audiovisuel le pouvoir de veiller, auprès des éditeurs de services audiovisuels, à ce que la programmation reflète la diversité de la société française, d'en rendre compte dans son rapport annuel et d'adresser des recommandations aux chaînes de radio et de télévision⁹³.

Soucieux, néanmoins, de pousser l'exercice à son terme, le comité a étudié les rédactions qui auraient exprimé le plus clairement et avec le moins d'ambiguïtés possible l'idée de manifester au niveau du socle des valeurs les plus fondamentales du pacte républicain l'importance qui s'attache à la promotion de l'égalité des chances et de combler l'écart, à la vérité extrêmement mince à ses yeux, entre ce qu'il est déjà permis avec certitude de faire et ce que l'on pourrait raisonnablement vouloir mettre en œuvre.

La notion d'**équité**, un temps envisagée, a été rapidement écartée, motif pris de ce qu'elle est trop vague, trop ambiguë, et susceptible de faire l'objet de toutes sortes d'utilisations. Le concept d'équité, qui d'ailleurs ne figure dans la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que sous l'angle procédural avec la notion de « *procès équitable* », a semblé

91. La Documentation française, 2004.

92. Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 2004.

93. Article 3-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007.

en outre laisser une trop grande marge de manœuvre au législateur et surtout au juge, le risque étant de voir celui-ci se transformer en celui-là.

Tournant ses regards vers l'étranger, le comité a relevé que l'article 3 de la Constitution italienne, tout en prévoyant l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales, affirme qu'« *il appartient à la République d'écartier les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant dans les faits la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine et à la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays* », ou encore que les diverses directives communautaires de lutte contre les discriminations autorisent, sous le vocable d'action positive, les mesures destinées, « *pour assurer la pleine égalité dans la pratique* », à « *prévenir ou compenser des désavantages* ». S'inspirant pour partie de ces précédents, il a discuté avec soin les mérites de deux formulations concevables pour donner corps à l'idée de compensation par le droit des handicaps de fait rencontrés par certains groupes ou individus :

- La première, dont il s'est finalement mais nettement détourné, est celle qui aurait consisté à mettre l'accent sur l'idée d'**effectivité**, en autorisant le législateur - soit à titre permanent soit à titre temporaire⁹⁴ - à prendre, dans un but d'intérêt général et dans la mesure strictement nécessaire à l'utilité commune, les mesures susceptibles d'assurer de manière effective à toute personne la garantie soit du principe d'égalité, soit plus largement de l'ensemble des principes reconnus par le Préambule. Cette solution a cependant été écartée. Outre que cette préoccupation d'effectivité est déjà présente de manière sous-jacente dans l'article

94. Un débat s'est fait jour au sein du comité et lors des auditions auxquelles il a procédé sur l'opportunité d'inscrire dans le Préambule des dispositions à caractère temporaire, fût-ce pour une période indéterminée. Certains (voir, parmi d'autres, l'audition de M. Marcel Gauchet) ont soutenu que la Constitution, qui incarne normalement la stabilité politique au milieu des mutations de notre société, n'a pas vocation à intégrer des droits et libertés transitoires, mais doit au contraire contenir des principes immuables.

16 de la Déclaration de 1789, selon lequel « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée [...] n'a point de constitution* », il a semblé à la majorité du comité que c'est au législateur ordinaire, et non à la Constitution elle-même, de donner les garanties de son effectivité par la définition de politiques et procédures concrètes. L'auto-affirmation par le texte constitutionnel de sa propre effectivité risque fort, soit de le décrédibiliser et donc de le dévaloriser, soit de consacrer de manière générale et non maîtrisable une logique de droits opposables dont on ne peut sérieusement mesurer ni le coût ni les effets véritables.

- La seconde piste, à la réflexion plus satisfaisante, serait directement fondée sur la notion d'**égalité des chances**, qui viendrait compléter la deuxième phrase de l'article 1^{er} de la Constitution de la manière suivante : « *Elle [la République] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ; elle promeut l'égalité des chances* ». Répondant à une aspiration bien réelle et susceptible de donner un fondement définitivement indiscutable à des mesures d'action positive sans pour autant porter atteinte à tous les principes, cette rédaction n'est cependant pas non plus dépourvue d'inconvénients : le terme d'égalité des chances, il est vrai consacré par le législateur ordinaire, est d'une portée et d'une normativité trop incertaines pour qu'il puisse être recommandé sans hésitation de l'inscrire dans le Préambule. On ajoutera qu'il est largement redondant avec le dixième alinéa du préambule de 1946, qui entend déjà garantir à l'individu et à la famille « *les conditions nécessaires à leur développement* ».

Pour sa part, et pour les raisons déjà exposées ci-dessus, le comité a cru plus utile, plus efficace, et pour tout dire plus conforme aux attentes légitimement placées par l'opinion dans l'action politique, de poursuivre, d'étendre et d'amplifier les actions qui peuvent d'ores et déjà être entreprises dans le cadre constitutionnel actuel.

D. — LE PLURALISME DES COURANTS D'EXPRESSION ET DES MEDIAS

1. L'état du droit avant la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008

Jusqu'à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'exigence de pluralisme de la presse ou des médias en général **ne figurait pas en tant que telle dans le texte de la Constitution de la V^e République, ni dans celui des différents éléments composant son Préambule** : absente, du moins sous cette forme, de la Déclaration de 1789, elle n'est pas davantage au nombre des « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* » énoncés par le Préambule de la Constitution de 1946 ni des « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » qui y sont également visés⁹⁵.

C'est donc par un **raisonnement constructif** que le Conseil constitutionnel a, sur le fondement des dispositions de l'article 11 de la Déclaration de 1789⁹⁶, encadré l'action du législateur en lui imposant de veiller à la préservation du pluralisme, en particulier par des dispositifs appropriés de contrôle des concentrations dans les médias.

Saisi d'une loi qui avait notamment pour objet d'instaurer, dans la presse écrite, des seuils anti-concentration, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 11 octobre 1984⁹⁷, d'abord estimé que la liberté d'expression consacrée par l'article 11 était d'autant plus précieuse que son exercice était l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale. **Il a ensuite considéré que le pluralisme des quotidiens d'information politique**

95. Faute pour le législateur d'être intervenu dans cette matière avant 1946.

96. « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.* »

97. 11 octobre 1984, n° 84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, JO du 13 octobre 1984, p. 3200.

et générale était en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle, au motif que la libre communication des pensées et des opinions ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents. Il a enfin énoncé, pour préciser son raisonnement, que l'objectif à atteindre était, en définitive, « *que les lecteurs, qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789, soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché* ».

Deux ans plus tard, il a transposé cette jurisprudence à la radio et à la télévision à l'occasion de l'examen de la loi relative à la communication audiovisuelle⁹⁸, estimant que, de manière générale, « *la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels* », dont le respect est « *une des conditions de la démocratie* », est un objectif de valeur constitutionnelle. Ce considérant de principe a, depuis, été constamment repris⁹⁹, seule la terminologie ayant évolué puisque le Conseil constitutionnel préfère désormais la formule plus simple de « ***pluralisme des courants de pensée et d'opinion*** »¹⁰⁰.

Cette construction jurisprudentielle a été le produit d'une prise de conscience favorisée par les mutations économiques et technologiques touchant la presse et le secteur audiovisuel.

Les préoccupations relatives à la concentration dans le domaine des médias sont, il est vrai, antérieures au début des années 1980. Au lendemain de la Seconde

98. 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*, JO du 19 septembre 1986, p. 11294.

99. C'est-à-dire à chaque fois que la loi du 30 septembre 1986 a été modifiée ; v. en dernier lieu CC, 27 février 2007, n° 2007-550 DC, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, JO du 7 mars 2007, p. 4768.

100. 1er juillet 2004, n° 2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, JO du 10 juillet 2004, p. 12506 ; 27 février 2007, n° 2007-550 DC, préc. note 99.

guerre mondiale déjà, une méfiance certaine s'était installée à l'égard des grands éditeurs de presse en relation, notamment, avec le rôle qui leur était attribué dans la défaite, voire dans la collaboration avec l'ennemi. C'est à cette époque que le régime particulier de la distribution de la presse a été institué et que l'Agence France Presse a bénéficié d'un statut public. L'ordonnance du 26 août 1944 relative à l'organisation de la presse française, préparée par le Conseil national de la Résistance et votée par l'assemblée consultative à Alger, comportait en outre des mesures de transparence, obligation étant faite aux intéressés de faire connaître au public la composition du capital des sociétés éditrices, ainsi que les noms et qualités de ceux qui en avaient, en droit ou en fait, la direction.

La nécessité de renforcer ce dispositif est apparue à la fin des années 1970, au moment même où, par ailleurs, les bouleversements affectant la radiodiffusion appelaient la mise en place d'un régime spécifique. Les mouvements de concentration dans la presse écrite avec la montée en puissance du groupe Hersant, d'une part, l'augmentation du nombre de fréquences disponibles, le retrait progressif de l'Etat et l'émergence d'acteurs privés dans la radio puis dans la télévision, d'autre part, ont convergé pour donner une urgence à la problématique de la concentration dans les médias en général.

En août 1979, le Conseil économique et social rendait ainsi un avis sur la gestion des entreprises de presse, se fondant sur un rapport établi sous la direction de Georges Vedel à la demande du gouvernement et devant permettre à celui-ci « d'apprécier les diverses mesures qui seraient susceptibles de maintenir et d'accentuer le pluralisme en ce domaine »¹⁰¹. Le législateur a finalement été convaincu d'intervenir au début des années 1980, donnant ainsi l'occasion au Conseil constitutionnel de fixer sa

101. *Journal officiel*, Avis et rapports du Conseil économique et social, 7 août 1979, n° 21.

jurisprudence en la matière¹⁰².

Celle-ci impose notamment au législateur de veiller à limiter la concentration dans les médias, ce qui est l'objet, en l'état actuel du droit, de la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 modifiée s'agissant de la presse écrite et de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication s'agissant de l'audiovisuel.

En effet, **le Conseil constitutionnel ne s'est pas borné à ériger la sauvegarde du pluralisme en objectif de valeur constitutionnelle : il a également établi un lien entre cet objectif et les moyens d'y parvenir.** Dans une décision du 27 juillet 2000, il a ainsi jugé qu'il incombait au législateur de « *prévenir, par des mécanismes appropriés, le contrôle par un actionnaire dominant d'une part trop importante du paysage audiovisuel* »¹⁰³, considérant implicitement que les autres instruments à la disposition des pouvoirs publics pour promouvoir le pluralisme (contrôle sur les contenus...) n'apportaient pas de garantie suffisante à cet égard.

Sans doute le Conseil n'a-t-il expressément énoncé cette obligation que pour l'audiovisuel et en rappelant, à titre de justification, la rareté persistante, quoique moins évidente que par le passé, de la ressource radioélectrique. Mais il peut être admis qu'elle vaut, de manière générale, pour l'ensemble des médias. L'objectif de sauvegarde du pluralisme, qui a pour fondement la liberté d'expression, peut ainsi justifier des restrictions à cette dernière, la liberté du lecteur, de l'auditeur ou du téléspectateur devant primer sur celle de l'éditeur.

La fermeté du Conseil constitutionnel ne s'est pas limitée au rappel des principes. Il a, par exemple, censuré le dispositif anti-concentration qui, en septembre 1986, devait se substituer à celui institué, dans l'audiovisuel, par les

102. Sur ces aspects historiques et sur la présentation de la jurisprudence, le comité s'est référé notamment au rapport au Premier ministre de la commission de réflexion sur les problèmes de concentration dans le domaine des médias, décembre 2005.

103. 27 juillet 2000, n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, JO du 2 août 2000, p. 11922.

articles 80 à 82 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 modifiée¹⁰⁴. De même, il a déclaré non conforme à la Constitution le régime défini à l'été 1986 pour la presse écrite, le seuil de diffusion qu'il instituait pouvant être trop facilement contourné¹⁰⁵. Enfin, s'il a admis, en 1994, le relèvement de 25 à 49 % de la part maximale qu'une même personne physique ou morale peut détenir directement ou indirectement dans le capital d'une société de télévision hertzienne, c'est en observant qu'il n'était pas dérogé aux autres règles assurant la protection du pluralisme et que la portée du contrôle de concentration était par ailleurs renforcée¹⁰⁶.

Pour autant, mais c'est le cas pour tout principe constitutionnel, les exigences que fait peser sur le législateur l'objectif de sauvegarde du pluralisme ne sont pas absolues : elles doivent être conciliées avec d'autres règles ou principes de même valeur juridique et notamment avec la liberté d'entreprendre. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que le législateur doit tenir compte des contraintes techniques et des nécessités économiques propres au secteur - parmi lesquelles il avait rangé, dans sa décision précitée du 21 janvier 1994, le besoin d'encourager les investissements privés pour que se constituent des groupes aptes à affronter la concurrence internationale - et veiller à ce que l'application des règles qu'il édicte ne limite pas la liberté d'entreprendre dans des proportions excessives au regard de l'objectif constitutionnel de pluralisme¹⁰⁷.

Au total, l'équilibre ainsi défini n'est guère éloigné de celui qui est

104. Décision précitée du 18 septembre 1986.

105. 29 juillet 1986, n° 86-210 DC, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, JO du 30 juillet 1986, p. 9393.

106. 21 janvier 1994, n° 93-333 DC du 21 janvier 1994, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, JO du 26 janvier 1994, p. 1377 : le Conseil Constitutionnel a notamment relevé que le législateur avait précisé que l'interdiction s'appliquait à tout actionnaire "agissant seul ou de concert", ce qui était de nature à renforcer l'efficacité de la loi.

107. 27 juillet 2000, préc. note 103, et 11 juillet 2001, n° 2001-450 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, JO du 18 juillet 2001, p. 11506.

prévu par la Charte européenne des droits fondamentaux, qui stipule en son article 11 que « *la liberté des médias et leur pluralisme sont respectés* » et que le droit à la liberté d'expression comprend la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées « *sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques [...]* ».

Entendu par le comité, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), M. Michel Boyon a estimé que le système fondé sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel fonctionnait convenablement et qu'il n'apparaissait donc pas indispensable de prévoir, au-delà, une disposition constitutionnelle spécifique ; si tel devait être le cas, le texte, qui pourrait rappeler l'exigence de pluralisme dans la société, devrait laisser au régulateur une grande marge d'appréciation dans la fixation des règles, une telle souplesse permettant seule d'adapter ces dernières aux évolutions de la vie politique.

2. L'intervention du pouvoir constituant

Fallait-il, dans ces conditions, et dans un paysage médiatique qui s'est très profondément transformé depuis les années 1980 (apparition d'Internet, multiplication des chaînes de radio et de télévision, disparition de titres de presse écrite...), inscrire dans le Préambule de la Constitution, ainsi que le suggérait la lettre de mission adressée au comité, un principe de pluralisme des médias ?

A cette question, la loi constitutionnelle n° 2008-723 de modernisation des institutions de la V^e République a apporté une réponse en modifiant, certes pas le Préambule, mais deux articles de la Constitution. L'article 4 comporte un nouvel 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* » ; surtout, l'article 34 prévoit désormais, en son alinéa 1^{er}, que « *la loi fixe les règles concernant [...]* la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias [...] ».

Si le premier texte, en dépit d'une référence générale aux « *expressions pluralistes des opinions* », intéresse davantage le fonctionnement de la vie politique dès lors qu'il s'est agi de conférer un statut aux partis minoritaires et d'opposition, le second texte concerne plus spécialement la question soumise au comité.

Sur ce point, en première lecture, l'Assemblée Nationale avait rejeté plusieurs amendements tendant à voir inscrire dans la Constitution une disposition sur le pluralisme et l'indépendance des médias, le gouvernement ayant notamment fait valoir, par la voix de la Garde des Sceaux, que le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution était saisi de la question.

Mais le Sénat en a décidé autrement, adoptant un amendement présenté par MM. Frimat et Assouline puis rectifié par M. Charasse (le texte est remonté du 18^{ème} alinéa de l'article 34 au 1^{er} alinéa) et ayant reçu préalablement un avis favorable de la commission des lois.

En deuxième lecture, après un avis favorable de sa commission des lois qui a estimé que l'importance de la matière et le relief particulier et grandissant qu'elle avait acquis depuis plusieurs décennies dans l'animation de notre vie démocratique le justifiaient, l'Assemblée Nationale a décidé de maintenir le texte du Sénat, lequel correspond à celui qui a été voté le 21 juillet 2008 par le Congrès¹⁰⁸.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, le comité a estimé, conformément à la doctrine qu'il s'est forgée, qu'il ne pouvait que s'abstenir de se prononcer sur la question du pluralisme des courants d'expression et des médias. Même si le constituant de 2008 s'est borné à intervenir par le biais d'une disposition énonçant

108. Le comité présidé par M. Edouard Balladur avait suggéré d'instituer au niveau de la Constitution un Conseil du pluralisme reprenant notamment les attributions du CSA et de la commission des sondages et chargé de concourir au 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 (proposition n° 77). Mais cette proposition n'a pas été reprise dans le projet de loi constitutionnelle déposé à l'Assemblée nationale, ni sous forme d'amendement parlementaire.

une simple règle de compétence en réservant à la loi le soin de fixer les règles concernant la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias¹⁰⁹, il a clairement entendu, ce faisant, rappeler des objectifs de fond. **Le comité a donc pris acte de ce que la question qui lui avait été soumise venait d'être tranchée par le constituant** et qu'il n'y avait par conséquent plus lieu pour lui d'y statuer.

E. — LE RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

1. La problématique

« *La vie privée est cette sphère de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'immiscer sans y être convié. La liberté de la vie privée est la reconnaissance, au profit de chacun, d'une zone d'activité qui lui est propre et qu'il est maître d'interdire à autrui* ». Ainsi M. Rivero définit-il la vie privée¹¹⁰, notion directement issue de la philosophie des Lumières et devenue une valeur caractéristique de notre monde occidental.

Les enjeux placés par les sociétés démocratiques derrière l'étendard du respect de la vie privée se sont, à la vérité, déplacés au cours du temps. Il s'est agi d'abord, pour l'essentiel, de protéger l'individu contre les intrusions de la sphère publique ; ainsi que l'avait montré Benjamin Constant, la liberté des Anciens, consistant en une pleine participation à la vie de la cité, a laissé place chez les Modernes, avec la montée de l'individualisme démocratique, à une volonté de protection contre les ingérences de la puissance publique dans des choix désormais considérés comme relevant du seul libre arbitre de chacun. Plus tard seulement

109. En réalité, à l'origine, la volonté des auteurs de l'amendement était claire : « *Il s'agit d'inscrire dans la Constitution que la loi garantit explicitement le principe de liberté, du pluralisme et de l'indépendance des médias* » (nous soul.).

110. Jean Rivero, *Libertés publiques*, Montchrestien 1989, p 74.

sont apparues les menaces susceptibles de provenir d'acteurs privés (presse à scandales, employeurs, assureurs...), les pouvoirs publics pouvant même alors, par un renversement historique, être appelés à protéger eux-mêmes la vie privée.

L'aspiration qui fonde cette exigence - la protection d'une « sphère » intime - est pourtant la même dans les deux cas. L'avatar le plus contemporain du droit au respect de la vie privée, à savoir la protection des données à caractère personnel contre le risque d'une exploitation informatique incontrôlée, par le biais notamment d'Internet, emprunte d'ailleurs autant à la volonté de prémunir la personne contre d'éventuels abus de l'État qu'au souci de limiter l'intrusion d'acteurs privés de tous ordres.

Force est de constater qu'à l'heure actuelle, le droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles ne figure expressément, du moins sous cette forme, ni dans le texte de la Constitution proprement dite, ni dans aucun des éléments dont se compose son Préambule.

Faut-il proposer au constituant de corriger ce qui apparaît, à la lumière des enjeux actuels et de leur sensibilité dans le débat public, comme une lacune, ou plus précisément comme un **anachronisme** ?

L'exemple de nombreux pays européens, qui ont consacré dans leur loi fondamentale le droit au respect de la vie privée voire à la protection des données personnelles - c'est le cas notamment de l'Allemagne, de l'Autriche, de l'Espagne, de la Grèce, de la Hongrie, des Pays-Bas, du Portugal et de la Suède - pourrait le donner à penser.

Le président de la Commission nationale informatique et libertés, M. Alex Türk, auditionné par le comité, a plaidé vigoureusement en ce sens, considérant l'ampleur des menaces liées aux nouvelles technologies d'information et de communication dont nos sociétés deviennent de plus en plus dépendantes : les

données à caractère personnel sont générées, collectées et analysées dans des proportions sans cesse croissantes et sans que l'on entrevoie l'existence ou même la possibilité de la moindre limite technique. Par ailleurs, un traçage précis des individus - dans l'espace (par le biais du téléphone, de la carte à puce, de la vidéosurveillance, de la géo-localisation, de la biométrie, des nano-technologies...), mais aussi dans le temps (par exemple, au moyen des moteurs de recherche ou des réseaux sociaux sur Internet) - est rendu extraordinairement facile.

Au-delà de cette justification propre, sur le terrain des libertés, le sénateur Türk a par ailleurs estimé que la reconnaissance constitutionnelle expresse du principe de protection des données personnelles permettrait de conforter la position de la France dans les négociations internationales sur ce sujet. Le professeur Jean-Pierre Changeux, président d'honneur du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, a pris une position comparable devant le comité.

Sans méconnaître la portée de ces observations, et pleinement conscient de l'importance comme de la gravité des problèmes engendrés par ces questions, dont les débats récents autour de la création du fichier Edvige ont encore montré la sensibilité, **le comité a finalement estimé devoir ne pas formuler une telle recommandation.** Deux séries de considérations l'ont déterminé en ce sens, l'une et l'autre dérivées de sa réflexion méthodologique générale.

2. Constitutionnalisation et effet utile

Le comité a, en premier lieu, observé que le droit au respect de la vie privée, comme à la protection des données à caractère personnel - qui en constitue l'une des déclinaisons contemporaines les plus importantes - sont **déjà consacrés, non par le texte même de la Constitution ou de son Préambule, mais par deux**

sources de droit qui, dans la hiérarchie des normes, s'imposent au législateur : la jurisprudence du Conseil constitutionnel d'une part, les engagements internationaux auxquels la France est partie d'autre part. Le comité a estimé que la **doctrine de l'effet utile** qu'il s'est donnée en principe - et selon laquelle l'inscription d'un principe dans le Préambule ne doit être recommandée que pour autant qu'elle constitue une véritable innovation ou apporte une garantie des droits sensiblement supérieure - pouvait recevoir application.

a) La jurisprudence constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel, d'abord, a clairement jugé, dans une décision du 23 juillet 1999¹¹¹ confirmée à de nombreuses reprises depuis lors¹¹², que la « *liberté* », proclamée comme « *droit naturel et imprescriptible de l'Homme* » à l'article 2 de la Déclaration de 1789, « *implique le respect de la vie privée* ». Ce principe est donc **d'ores et déjà élevé au rang des droits et libertés constitutionnellement garantis**.

C'est ainsi, par exemple, que le Conseil constitutionnel n'admet l'échange et le partage de données personnelles entre organismes publics sans le consentement des intéressés qu'à la double condition que ce soit dans un but d'intérêt général, en particulier lié à des exigences constitutionnelles (protection de la santé, lutte contre la fraude fiscale, sauvegarde de l'ordre public, équilibre financier de la sécurité sociale...) et que le dispositif prévu soit assorti de limitations et précautions propres à concilier la poursuite de ce but et le droit au respect de la vie privée des

111. Décision n° 99-416 du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, JO du 28 juillet 1999, p. 11250.

112. V. Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, JO du 13 mars 2003, p. 4789 ; décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, JO du 10 mars 2004, p. 4637 ; ou encore décision n° 2005-532 du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, JO du 24 janvier 2006, p. 1138.

personnes concernées¹¹³.

Le Conseil constitutionnel a encore censuré une disposition visant à permettre aux personnes morales victimes d'infractions ou agissant pour le compte desdites victimes de mettre en place des traitements de données à caractère personnel relatives à des infractions ou condamnations pour les besoins de la prévention et de la lutte contre la fraude. Il a notamment prononcé cette censure au motif que la loi laissait sans réponses plusieurs questions essentielles : celle de savoir dans quelle mesure les données traitées pourraient être partagées ou cédées et celle de savoir si pourraient y figurer des personnes sur lesquelles pèse la simple crainte qu'elles soient capables de commettre une infraction. En outre, la loi était silencieuse sur les limites susceptibles d'être assignées à la conservation des mentions relatives aux condamnations¹¹⁴.

On doit observer en outre que le Conseil constitutionnel donne aujourd'hui à la protection de la vie privée une acception très large, qu'il lui confère le plein caractère d'un principe constitutionnel autonome et, enfin, qu'il en confie la protection tant au juge judiciaire qu'au juge administratif. Des hésitations et quelques incertitudes ont pu se faire jour par le passé au sujet de tel ou tel de ces éléments¹¹⁵. Mais elles sont aujourd'hui levées. En particulier, depuis sa décision 99-416 DC du 23 juillet 1999 (CMU)¹¹⁶, le Conseil fait expressément dériver la protection de la vie privée de la liberté proclamée à l'article 2 de la Déclaration des

113. V. notamment les décisions n° 93-325 DC du 13 août 1993 (cons. 121), JO du 18 août 1993, p. 11722 ; n° 98-405 DC du 29 décembre 1998 (cons. 60), JO du 31 décembre 1998, p. 20138 ; n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 (cons. 46 et 47), JO du 28 juillet 1999, p. 11250 ; n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 (cons. 20 à 23), JO du 27 novembre 2003, p. 20154 ; n° 2004-504 DC du 12 août 2004 (cons. 5, 7 et 8), JO du 17 août 2004, p. 14657 ; n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006 (cons. 10 et 18 à 21), JO du 24 janvier 2006, p. 1138, et, dernièrement, n° 2007-553 DC du 3 mars 2007, JO du 7 mars 2007, p. 4356.

114. Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, JO du 7 août 2004, p.14087.

115. Cf. à ce propos Louis Favoreu et Loïc Phillip, op. cit. p. 325.

116. Préc. note 113.

droits de l'homme et du citoyen. La vie privée n'est donc pas seulement une composante de la liberté « *individuelle* » placée par l'article 66 de la Constitution sous la garde du seul juge judiciaire. Son champ d'application, comme sa garantie, doivent donc être désormais considérés comme des plus généraux. On ne voit notamment pas qu'une composante singulière de cette liberté - sur le terrain de la sexualité ou du « *libre développement de la personnalité* », notamment - pourrait ne pas bénéficier *a priori* de la protection actuelle de la Constitution.

Il est dès lors manifeste que l'intégration formelle du droit au respect de la vie privée et de l'exigence de protection des données à caractère personnel dans le Préambule de la Constitution n'aboutirait qu'à codifier l'état actuel de la jurisprudence - ce que, de manière générale, le comité ne juge ni utile ni souhaitable.

b) Les traités internationaux

Les principes de respect de la vie privée et de protection des données personnelles sont, en outre, affirmés et protégés par plusieurs traités internationaux :

- la **Déclaration universelle des droits de l'homme** du 10 décembre 1948 énonce, en son article 12, que « *nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation* » et que « *toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* » ;
- dans des termes très voisins, le **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** du 16 novembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976 et ratifié le 4 novembre 1980 par la France, dispose, en son article 17.1, que « *nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation* » ;

- l'article 8 de la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** du 4 novembre 1950, ratifiée le 3 mai 1974 par la France, mérite d'être reproduit dès lors qu'il est souvent cité dans nos propres décisions juridictionnelles : « 1. *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.* 2. *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* » La Cour européenne des droits de l'homme a rendu, sur ce fondement, un nombre important d'arrêts, donnant par une jurisprudence rigoureuse son plein effet au principe ainsi affirmé. Recherchant un savant équilibre entre les conceptions latines et anglo-saxonnes, elle considère que la protection de l'article 8 « assure à l'individu un domaine dans lequel il peut poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité »¹¹⁷. Le droit au respect de la vie privée est conçu comme un faisceau de droits multiples dont la portée n'est jamais identique et varie en fonction du temps, du lieu et de la personne concernée. Il concerne de très nombreux aspects de la personnalité : droit à l'image, état des personnes (actes de l'état civil, mariage, nom et prénom, sexe « apparent » - on trouve ici la question du transsexualisme), vie affective et sexuelle, domicile et ce qui s'y rattache (adresse, numéro de téléphone), fortune et patrimoine, relations privées, relations de travail, religion, santé... C'est par exemple à la suite de la condamnation du régime d'écoutes téléphoniques par un arrêt *Kruslin c/ France* du 24 avril 1990 que le Parlement est intervenu par la loi du 10 juillet 1991 pour mieux garantir le secret des correspondances émises par la voie

117. Comm. EDH, Rapp. 12 juillet 1977, req. n° 6959/75, *Bruggemann et Scheuten c/ RFA*.

des télécommunications¹¹⁸ ;

- la **Charte européenne des droits fondamentaux** du 7 décembre 2000 - à laquelle le Traité de Lisbonne, dont la loi n° 2008-125 du 13 février 2008 a autorisé la ratification et qui devrait entrer prochainement en vigueur, confère valeur juridique contraignante - proclame en son article 7 que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications* ». S'agissant plus spécifiquement de la protection des données personnelles, son article 8 stipule que : « *1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. 2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. 3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante* » ;

- une **Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel** du 28 janvier 1981 (convention dite « 108 »), entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985 et ratifiée le 24 mars 1983 par la France, a spécifiquement pour but, selon les termes de son article 1^{er}, « *de garantir, sur le territoire de chaque Partie, à toute personne physique [...] le respect [...] de son droit à la vie privée à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant (« protection des données »)* ». Le juge national en fait très régulièrement application dans le cadre du contrôle de conventionnalité¹¹⁹, notamment pour apprécier le respect des stipulations de l'article 5 selon

118. req. n° 11801/85.

119. V. par ex. CE, 18 novembre 1992, n° 115367, 115397, 115881, 115884 et 115886, Lebon, à propos de la création d'un système informatisé de gestion des décisions ordonnant la reconduite à la frontière des étrangers ; CE, 29 décembre 1997, n° 140325, Lebon, jugeant compatibles avec les stipulations de cette convention les dispositions de l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 dans sa rédaction alors applicable limitant l'accès aux traitements intéressant la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique à un droit d'accès indirect exercé par un membre de la CNIL ; ou enfin CE, 9 février 2005, n° 265869, Lebon, notamment pour apprécier le respect des stipulations de l'article 5 selon lequel peuvent seules figurer dans un traitement automatisé d'informations nominatives des données pertinentes, c'est-à-dire en adéquation avec la finalité du traitement et proportionnées à cette finalité.

lequel peuvent seules figurer dans un traitement automatisé d'informations nominatives des données pertinentes, c'est-à-dire en adéquation avec la finalité du traitement et proportionnées à cette finalité¹²⁰.

c) Bilan.

Au total, il est donc apparu au comité que la réaffirmation expresse, dans le Préambule de la Constitution, du droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles **serait dépourvue de toute portée pratique, faute d'ajouter une composante significative aux contraintes juridiques auxquelles est d'ores et déjà soumis le législateur par le double effet de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et des traités internationaux.**

Une telle démarche serait par conséquent inutile, et donc inopportune au regard de l'exigence de crédibilité de l'acte constituant.

3. Constitutionnalisation et adaptabilité

Encore, objectera-t-on, pourrait-on imaginer d'aller au-delà de la simple réaffirmation des principes généraux et fixer au niveau constitutionnel des exigences plus précises.

Mais le comité a ici trouvé particulièrement judicieux de s'en tenir à une autre composante de sa doctrine : les contraintes propres au processus de révision de la Constitution et de son Préambule peuvent se vérifier inadaptées à certains domaines ou à certaines matières, particulièrement sensibles à une exigence **d'adaptabilité de la règle de droit.** Aussi bien, à supposer même que puissent

120. V. par ex. CE, Section, 30 octobre 2001, n° 204909, Lebon, à propos de la licéité de la prise en compte de la nationalité d'un demandeur de prêt dans un traitement automatisé d'informations nominatives destiné à aider à la prise des décisions d'octroi ou de refus de prêts par un établissement financier ; CE, 26 juillet 2006, n° 285714, Lebon.

être résolues les difficultés de formulation que susciterait le projet de préciser tel ou tel aspect du droit à la vie privée ou du droit à la protection des données personnelles, il n'est pas du tout certain qu'un bénéfice indiscutable serait associé à son inscription dans la Constitution. La loi apparaît bien mieux adaptée pour suivre, avec une réactivité suffisante, l'évolution des techniques.

Dans cette exigence d'adaptabilité réside donc la seconde raison qui a conduit le comité à préconiser de ne pas en dire davantage au niveau constitutionnel : **le bon niveau d'intervention est celui du législateur ordinaire et non pas du législateur constituant.** Dans cette matière tout spécialement, des règles trop rigides pourraient se révéler rapidement obsolètes ou, pire, hypothéquer l'avenir. Quelle que soit son expression, le principe retenu au niveau constitutionnel serait, soit inefficace, soit lui-même porteur de dangers.

Un simple aperçu de quelques exemples révélateurs de la richesse et la complexité de l'arsenal législatif existant et de son interprétation par le juge administratif ou judiciaire montre en outre, par lui-même, la difficulté qu'il y aurait à transposer tel ou tel de ses éléments au niveau constitutionnel :

- la loi du 17 juillet 1970 a inséré dans le code civil un article 9 qui énonce, en son alinéa 1^{er}, que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». La Cour de cassation a développé une jurisprudence abondante pour rechercher un juste et nécessaire équilibre entre ce principe et celui, d'égale valeur dans une société démocratique, du droit à la liberté d'information¹²¹, qui est une variété du droit à la liberté d'expression. Ainsi a-t-il été jugé :

* que « *toute personne, quel que soit son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, a droit au respect de sa vie privée* »¹²², l'atteinte à la vie privée étant par ailleurs « *indépendante du mode compassionnel, bienveillant ou désobligeant*

121. Civ, 1^{ère}, 12 juillet 2005, Bull. civ. I, n° 330.

122. Civ, 1^{ère}, 23 octobre 1990, Bull. civ. I, n° 222 ; 27 février 2007, Bull. civ. I, n° 85.

sur lequel elle est opérée »¹²³ ;

* que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, laquelle implique le secret des correspondances »¹²⁴ (au sujet de messages personnels émis ou reçus par le salarié sur l'ordinateur mis à sa disposition par son employeur),

* que le droit au respect de la vie privée permet à toute personne de s'opposer à la diffusion, sans son autorisation expresse, de son image, attribut de sa personnalité,

* que « la publication de photographies doit respecter la finalité visée dans l'autorisation donnée par l'intéressé »¹²⁵,

* qu'en revanche, « le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint par la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial, ne comportant aucune allusion à la vie et à la personnalité de l'intéressé »¹²⁶,

* qu'« il n'y a pas atteinte à la vie privée lorsque les prétendues révélations ne portent que sur des faits publics ou ne présentent qu'un caractère anodin »¹²⁷ ou « lorsque la publication incriminée ne fait que répondre au besoin d'information du public relativement à un fait divers »¹²⁸,

* ou enfin que « la liberté de l'information autorise la publication d'images de personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine »¹²⁹ ;

- sur un aspect plus ponctuel, le code civil dispose encore, en son

123. Civ, 1ère, 23 février 2003, Bull. civ. I, n° 98.

124. Soc, 2 octobre 2001, Bull. civ. V, n° 291 ; 12 octobre 2004, Bull. civ. V, n° 245.

125. Civ, 1ère, 30 mai 2000, Bull. civ. I, n° 167.

126. Civ, 1ère, 20 novembre 1990, Bull. civ. I, n° 257.

127. Civ, 1ère, 3 avril 2002, Bull. civ. I, n° 110.

128. Civ, 1ère, 20 novembre 2003, Bull. civ. I, n° 354.

129. Civ, 1ère, 20 février 2001, Bull. civ. I, n° 42.

article 259-2, qu'en matière de divorce « *les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée* » ;

- la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et à la liberté, très novatrice à son époque, a fortement inspiré une directive européenne n° 95-46 CE du 24 octobre 1995 qui, compte tenu en outre des développements de l'informatique et de l'Internet, a ensuite obligé à une évolution législative, qui fut réalisée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004. Cette législation garantit à toute personne, en lui octroyant un droit d'information, un droit d'accès (direct ou, dans certains cas limitativement énumérés, indirect), un droit d'opposition et un droit de rectification, la protection de sa vie privée face aux traitements automatisés de données à caractère personnel et aux traitements non automatisés de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers, les données personnelles (terme qui a remplacé celui d'« *informations nominatives* ») étant définies comme étant « *toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres* » (article 2). Comme on le sait, la loi institue dans cette matière une autorité administrative indépendante, la CNIL, qui, outre une compétence pour, selon les cas, recevoir les déclarations, émettre un avis ou délivrer une autorisation préalable pour la constitution de fichiers, a notamment une mission d'information du public (qu'elle remplit en particulier en publiant son rapport annuel), un rôle consultatif auprès des gestionnaires de traitements informatiques, une fonction de recueil des réclamations ou des plaintes, ainsi que des pouvoirs d'investigation et de sanction. La CNIL exerce ses attributions sous le contrôle du juge administratif, qui a par exemple confirmé que la diffusion, par Internet, à des propriétaires immobiliers n'ayant pas la qualité de professionnels de l'immobilier, de fichiers automatisés contenant des informations relatives aux impayés locatifs n'était pas licite eu égard aux risques de discrimination et d'atteinte à la vie privée qu'une telle diffusion

comportait pour les personnes concernées¹³⁰ ;

- le code pénal, en son article 226-1 dans sa rédaction issue d'une ordonnance du 19 septembre 2000, réprime « *le fait, au moyen d'un procédé quelconque, de porter volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé* ». Son article 226-22, réprime d'une peine délictuelle « *le fait, par toute personne qui a recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou d'une autre forme de traitement, des données à caractère personnel dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces données à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir* », que ce soit volontairement ou par imprudence ou négligence ; en son article R. 625-11, il punit d'une peine contraventionnelle « *le fait, pour le responsable d'un traitement automatisé de données à caractère personnel* », soit de ne pas répondre aux demandes émanant d'une personne physique justifiant de son identité et ayant pour objet des informations la concernant, soit de refuser de délivrer à celle-ci une copie des données à caractère personnel ayant trait à sa personne.

Le comité est ainsi parvenu à la conclusion que, **considérant l'environnement constitutionnel et international préexistant, la voie législative et jurisprudentielle demeure la plus efficiente pour assurer le réglage fin de la protection de la vie privée et des données personnelles**. La protection des principes étant assurée ici et là dans les termes les plus généraux, mieux vaut confier au législateur la tâche d'épouser l'évolution des sciences et des techniques et d'assurer, sous le contrôle du juge, la conciliation nécessaire des intérêts et des droits en présence. Les conditions - plus aisées - et le rythme - plus

130. 28 juill. 2004, n° 262851, Lebon.

rapide - de l'action législative lui confèrent une bien meilleure pertinence.

F. — LA BIOETHIQUE

Depuis une trentaine d'années, les avancées scientifiques dans le domaine des sciences de la vie et de la santé se sont accélérées et engendrent des questions d'ordre éthique qui mobilisent l'attention des citoyens et dont les médias se font largement l'écho : les recherches sur l'embryon, le clonage thérapeutique ou reproductif, la brevetabilité du génome humain en constituent des manifestations spectaculaires ; l'eugénisme, les offres de « mères porteuses » sur Internet, les trafics d'organes en représentent des dérives inquiétantes.

Héritière de la pensée chrétienne passée au filtre de la philosophie des Lumières et définie comme la science qui étudie les problèmes moraux soulevés par la recherche biologique, médicale ou génétique, la bioéthique, c'est-à-dire la morale appliquée à la recherche, renferme un précepte fort : prenons le temps de la réflexion pour tenter de déterminer exactement et précisément où nous allons et ce que nous voulons ou ce que nous ne voulons pas.

A priori, il pourrait sembler assez singulier de vouloir traiter de l'éthique de la recherche médicale dans la Constitution.

Mais en réalité le décalage n'est qu'apparent : la Constitution, ce sont les libertés essentielles ; or, dès lors qu'elle touche à la vie et à la mort de l'être humain, à sa santé, à la qualité de son existence ou encore au choix de sa descendance, la bioéthique ne se situe-t-elle pas au coeur même de nos libertés les plus fondamentales ?

C'est en ce sens qu'il faut interpréter la lettre de mission du Président de la République qui se demande s'il n'y aurait pas la place, dans notre Constitution,

pour des *principes directeurs* qui serviraient de guide à notre approche des problèmes liés à la bioéthique¹³¹.

Ici encore, un constat d'évidence s'impose : il existe en la matière un immense corpus juridique accumulé essentiellement au cours des dix dernières années (1). Cet arsenal, de nature législative et jurisprudentielle, apparaît constituer la voie la plus efficiente dans un domaine en constante évolutivité (2).

1. La richesse du corpus législatif et jurisprudentiel¹³².

On relève d'abord de nombreux **textes de droit international** :

- la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : articles 1^{er}, 3, 5 et 12,

- la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme, adoptée le 11 novembre 1997 par la Conférence générale de l'UNESCO et faite sienne le 9 décembre 1998 par l'Assemblée générale des Nations Unies : articles 1^{er} à 4 sur la dignité humaine et le génome humaine, articles 5 à 9 sur les droits des personnes concernées, articles 10 à 12 sur les recherches concernant le génome humain,

- la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme, adoptée le 19 octobre 2005 par la Conférence générale de l'UNESCO : articles 3 à 10,

- la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 : articles 2, 3 et 8,

- la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 : articles 1 à

131. Un colloque organisé au Sénat le 3 avril 2008 portait d'ailleurs sur *La Constitution face aux défis de la bioéthique* ; voir notamment l'intervention du professeur Bertrand Mathieu.

132. Ce corpus a été rassemblé grâce au précieux concours du Service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

4 du chapitre I sur la dignité et article 35 du chapitre IV sur la solidarité,

- la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : articles 1 à 4 du chapitre I (dispositions générales), 5 du chapitre II (consentement), 10 du chapitre III (vie privée et droit à l'information), 11 à 14 du chapitre IV (génomome humain), 15, 16 et 18 du chapitre V (recherche scientifique), 19 du chapitre VI (prélèvement d'organes et de tissus sur des donneurs vivants à des fins de transplantation) et 21 et 22 du chapitre VII (interdiction du profit et utilisation d'une partie du corps humain) de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (Convention dite d'Oviedo du 4 avril 1997, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999 et non ratifiée par la France),

- le Protocole additionnel à la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains (Protocole du 12 janvier 1998, entré en vigueur le 1^{er} mars 2001 et non ratifié par la France) : articles 1^{er} et 2.

Doivent être également cités :

- une Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, adoptée le 16 octobre 2003 par la Conférence générale de l'UNESCO,

- un Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, Protocole du 24 janvier 2002, entré en vigueur le 1^{er} mai 2006 et non signé par la France,

- un Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la recherche biomédicale, Protocole du 25 janvier 2005, entré en vigueur le 1^{er} septembre 2007 et non signé par la France,

- un projet de Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales,
- dix recommandations du Conseil de l'Europe dans les domaines suivants : trafic d'organes en Europe, protection du génome humain, biotechnologies, biotechnologie et propriété intellectuelle, protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants, xénotransplantation, protection et brevetabilité des produits d'origine humaine, élaboration d'une Convention de bioéthique, utilisation des embryons et foetus humains dans la recherche scientifique ou à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales,
- des directives du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne.

Ces textes ont été relayés par une abondante **jurisprudence européenne** :

- la **Cour européenne des droits de l'homme** a ainsi rendu des arrêts qui touchent plusieurs domaines : interruption volontaire de grossesse¹³³, statut de l'embryon et du foetus¹³⁴, prélèvements *post mortem*¹³⁵, euthanasie¹³⁶, examens et traitements médicaux¹³⁷, conséquences d'une erreur médicale¹³⁸ ;

133. 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande*, req. n° 14 234/88 et 14235/88 ; 5 septembre 2002, *Boso c/ Italie*, req. n° 50490/02.

134. Grande Chambre, 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, req. n° 53924/00 ; 6 janvier 2005, *Adelaïde et a. c/ France*, req. n° 78/02 ; Grande Chambre, 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, req. n° 6339/05.

135. 13 juillet 2006, *Jäggi c/ Suisse*, req. n° 58757/00.

136. 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n° 2346/02.

137. 9 mars 2004, *Glass c/ Royaume-Uni*, req. n° 61827/00 ; 27 mars 2003, *Y.F. c/ Turquie*, req. n° 24209/94 ; Grande Chambre, 4 décembre 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, req. n° 44362/04 (infirmant un arrêt rendu le 18 avril 2006 par une chambre) ; 6 février 2001, *Bensaïd c/ Royaume-Uni*, req. n° 44599/98 ; 16 juin 2005, *Störck c/ Allemagne*, req. n° 61603/00 ; 11 juillet 2006, *Rivière c. France*, req. n° 33834/03.

138. Grande Chambre, 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c/ Italie*, req. n° 32967/96 ; Grande Chambre, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, req. n° 1513/03 et *Maurice c/ France*, req. n° 11810/03 ; 20 mars 2007, *Tysiac c/ Pologne*, req. n° 5410/03.

- la **Cour de justice des Communautés européennes**, quant à elle, a rendu des décisions dans le domaine de la brevetabilité des éléments du corps humain¹³⁹.

Ensuite, on relève des **textes de droit interne** :

- le **Préambule de la Constitution de 1946**, en ses articles 10 : « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » et 11 : « [La Nation] *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère [...] la protection de la santé* » ;

- le **code civil**, qui comporte des dispositions essentielles :

* en ses articles 16 à 16-9, sur le respect du corps humain,

* en ses articles 16-10 à 16-13, sur l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques,

* en ses articles 311-19 et 311-20, sur l'assistance médicale à la procréation ;

- le **code de la santé publique** :

* en ses articles L. 1110-1 et suivants, sur les droits des personnes malades et des usagers du système de santé,

* en ses articles L. 1121-2 et suivants, sur les recherches biomédicales,

* en ses articles L. 1211-2 et suivants, sur le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain,

* en ses articles L. 2131-1 et suivants, sur les actions de

139. 9 octobre 2001, affaire C-377/98 *Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil*, Rec. 2001 (+ 16 juin 2005, affaire C-456/03, *Commission des communautés européennes c/ République italienne*, Rec. 2005).

prévention concernant l'enfant,

* en son article L. 2213-1, sur l'interruption volontaire de grossesse,

* en ses articles L. 2141-1 et suivants, sur l'assistance médicale à la procréation,

* en ses articles L. 2151-1 et suivants, sur la recherche concernant l'embryon et les cellules embryonnaires ;

- le **code de la propriété intellectuelle**, en ses articles L. 611-17 et L. 611-18, sur les inventions brevetables et le corps humain.

La **jurisprudence nationale** n'est pas en reste.

- En matière d'*interruption volontaire de grossesse*, le Conseil constitutionnel a jugé, d'abord, que la loi de 1975 ne portait pas atteinte aux principes constitutionnels ou à valeur constitutionnelle¹⁴⁰, ensuite, que la loi de 2001 n'avait pas rompu l'équilibre imposé par la Constitution entre la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et la liberté de la femme découlant de l'article 2 de la Déclaration de 1789¹⁴¹.

Le Conseil d'Etat a estimé, pour sa part, que les lois de 1975 et de 1979 n'étaient pas incompatibles avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴².

Et la Cour de cassation a décidé que la loi de 1975 n'était pas applicable dans le cas du refus de l'implantation d'embryons dès lors qu'un tel acte avait seulement pour effet, en cas de réussite de l'opération, de permettre une

140. Décision n° 74-54 du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, JO du 16 janvier 1975, p. 671.

141. Décision n° 2001-446 du 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, JO du 7 juillet 2001, p. 10828.

142. 21 décembre 1990, n° 105743, 105810, 105811 et 105812, Lebon.

grossesse¹⁴³.

- En ce qui concerne *l'embryon et le foetus*, la Cour de cassation a jugé que le principe de la légalité des délits et des peines s'opposait à ce que l'incrimination réprimant l'homicide involontaire d'autrui soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers¹⁴⁴, mais qu'une telle incrimination devait être retenue lorsqu'une femme enceinte de huit mois, grièvement blessée lors d'un accident de la circulation, avait donné naissance, le jour même, à un enfant qui était décédé, une heure après, des suites des lésions vitales irréversibles subies au moment du choc¹⁴⁵.

Elle a jugé également qu'il résultait de l'article 79-1, alinéa 2, du code civil que, en cas de décès d'un enfant avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil et à défaut de production d'un certificat médical indiquant que celui-ci était né vivant et viable, l'officier de l'état civil ne pouvait refuser l'établissement d'un acte d'enfant sans vie au motif que le seuil de viabilité défini par l'Organisation mondiale de la santé n'était pas atteint¹⁴⁶.

- Dans le domaine *du respect et de l'intégrité du corps humain*, le Conseil Constitutionnel a jugé que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* », qu'il ne lui appartenait pas de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions prises par le législateur qui avait estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie et le principe d'égalité n'étaient pas applicables aux embryons et que, s'agissant de ces derniers, il

143. Civ, 1ère, 9 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 21.

144. Ass. plén., 29 juin 2001, Bull. civ. n° 8 (dans le même sens : Crim, 30 juin 1999, Bull. crim. n° 174 ; 25 juin 2002, Bull. crim. n° 144 ; 4 mai 2004, Bull. crim. n° 108).

145. Crim, 2 décembre 2003, Bull. crim. n° 230.

146. Civ, 1ère, 6 février 2008, Bull. civ. I, n° 41, 42 et 43 ; à la suite de ces arrêts, trois textes relatifs à l'acte d'enfant sans vie ont été publiés au *Journal Officiel* du 22 août 2008 : un décret n° 2008-798, un décret n° 2008-800 et un arrêté du 20 août 2008.

n'existait aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité¹⁴⁷.

Le Conseil d'Etat a décidé que les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci, qu'en particulier, ces principes font obstacle à ce que, en dehors des prélèvements d'organes opérés dans le cadre de la loi du 22 décembre 1976 et régis par celle-ci, il soit procédé à une expérimentation sur un sujet après sa mort, alors, d'une part, que la mort n'avait pas été constatée dans des conditions analogues à celles qui sont définies par les articles 20 à 22 du décret du 31 mars 1978, d'autre part, que ladite expérimentation ne répondait pas à une nécessité scientifique reconnue, enfin, que l'intéressé n'avait pas donné son consentement de son vivant ou que l'accord de ses proches, s'il en existait, n'avait pas été obtenu¹⁴⁸.

La Cour de cassation a jugé :

✓ qu'alors qu'une action en recherche de filiation naturelle est en cours à l'étranger, la mesure qui se borne à autoriser la communication d'éléments déjà prélevés et indispensables à une expertise médico-légale, ne constitue pas une mesure d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques soumise à l'article 16-11 du code civil¹⁴⁹,

✓ que l'article 16-11 du code civil, selon lequel, sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort, est immédiatement

147. Décision n° 94-343/344 du 27 juillet 1994, *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*, JO du 29 juillet 1994, p. 11024.

148. 2 juillet 1993, n° 124960, Lebon.

149. Civ, 1ère, 4 juin 2007, Bull. civ. I, n° 224.

applicable aux situations en cours¹⁵⁰.

- S'agissant des *droits des malades*, le Conseil d'Etat a jugé qu'en faisant prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade, une cour administrative d'appel avait commis une erreur de droit, mais que, compte tenu de la situation extrême du patient, les médecins qui avaient choisi, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état, n'avaient pas commis de faute, quelle que fût par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses¹⁵¹.

Il a également jugé, après avoir énoncé que le droit pour un patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale, que des médecins ne portent pas à cette liberté une atteinte grave et manifestement illégale lorsqu'après avoir tout mis en oeuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état, un acte de cette nature n'étant pas non plus manifestement incompatible avec les exigences découlant de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵².

Pour sa part, la Cour de cassation a jugé :

✓ qu'un médecin ne peut, sans le consentement libre et éclairé de son malade, procéder à une intervention chirurgicale qui n'est pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat pour le patient¹⁵³,

✓ qu'il résulte de l'article 16-3 du code civil que nul ne peut

150. Civ, 1ère, 2 avril 2008, Bull. civ. I, n° 101.

151. 26 octobre 2001, n° 198546, Lebon.

152. 16 août 2002, n° 249552, Lebon.

153. Civ, 1ère, 11 octobre 1988, Bull. civ. I, n° 280.

être contraint, hors les cas prévues par la loi, de subir une intervention chirurgicale¹⁵⁴,

✓ qu'hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement¹⁵⁵ ou par le seul fait que l'intervention serait médicalement nécessaire¹⁵⁶, la limitation de l'information sur un diagnostic ou un pronostic grave, telle que prévue par l'article 42 du code de déontologie médicale, devant être fondée sur des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient, lequel doit être apprécié en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la personnalité du malade¹⁵⁷,

✓ qu'une atteinte à l'intégrité du corps humain, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du code civil¹⁵⁸,

✓ qu'une expertise génétique sur une personne décédée doit être exclue en l'état du refus des héritiers¹⁵⁹.

2. La pertinence de la voie législative et jurisprudentielle

Plusieurs personnalités entendues par le comité ont souhaité s'exprimer sur la question de la bioéthique.

M. le président Alain Grimfeld a plaidé pour l'inscription, dans notre

154. Civ, 2ème, 19 mars 1997, Bull. civ. II, n° 86.

155. Civ, 1ère, 7 octobre 1998, Bull. civ. I, n° 291.

156. Civ, 1ère, 23 mai 2000, Bull. civ. I, n° 159.

157. Civ, 1ère, 18 juillet 2000, Bull. civ. I, n° 227.

158. Formation des avis, 6 juillet 1998, Bull. civ. n° 10.

159. Civ, 1ère, 25 octobre 2005, Bull. civ. I, n° 385.

Constitution, d'un certain nombre de principes généraux faisant apparaître :

- au centre des préoccupations, le respect dû en premier lieu à la vie humaine et la protection de l'homme face aux recherches en sciences médicales et sciences de la vie, notamment en termes de relation médecin-malade et de consentement,

- la prise en compte d'emblée du droit de l'enfant au cours d'une démarche de droit à l'enfant,

- la préservation des êtres et des personnes, en tant qu'individus de l'espèce humaine, dans sa spécificité particulière mais aussi en vue de la préservation de la biodiversité.

M. le président Jean-Pierre Changeux a proposé de remplacer le principe de précaution par le principe de responsabilité des scientifiques, qui, appliqué à la recherche médicale, aurait pour conséquence immédiate d'interférer avec la pratique des soins et, surtout, avec la recherche et le développement de nouvelles méthodes de thérapeutique et de diagnostic.

M. le cardinal André Vingt-Trois s'est prononcé en faveur de la consécration d'un principe de protection, sur le modèle du principe de précaution ; il a posé la question de la définition de l'indisponibilité du corps humain (selon lui, on ne peut tout à la fois édicter le principe de l'indisponibilité du corps humain et autoriser le prélèvement d'éléments du corps), mais aussi de la personne humaine, c'est-à-dire du génome ; il a souligné les difficultés pratiques d'obtenir en toutes circonstances un « *consentement libre et éclairé* » (notion qui figure dans les code civil et de la santé publique).

Mme Sylviane Agacinski s'est montrée favorable à l'inscription, dans le Préambule de la Constitution, des principes de dignité de la personne et de respect du corps humain. Insistant notamment sur une certaine insouciance de l'opinion et

des médias s'agissant de la légalisation de la gestation pour autrui et des conséquences de cette pratique à l'égard tant de la mère « porteuse » que du couple demandeur et de l'enfant à naître, elle a considéré qu'il fallait se préoccuper avant tout de ce qui relève de la « *marchandisation* » du corps humain.

A l'inverse, M. Alain Finkielkraut a estimé que les problèmes liés à la bioéthique ne seront pas résolus par un accroissement des droits, dès lors qu'ils ne peuvent pas être abordés sous un angle purement juridique ; il a considéré qu'un procédé consistant à « *empiler* » les droits serait d'ailleurs impuissant face aux enjeux liés au perpétuel essor de la science.

Comme le thème de la vie privée et des données personnelles, la question de la bioéthique renvoie à l'attitude de l'homme face aux avancées technologiques, ici dans le domaine des sciences de la vie et de la santé.

En ce domaine, les textes européens, qui sont prolifiques, suivent pas à pas les « progrès » de la science, en tentant d'encadrer juridiquement les pratiques au fur et à mesure de leur développement.

Les textes de droit interne français, en particulier le code civil, contiennent de solides principes fondamentaux consacrés en majorité par les premières lois « bioéthiques » de 1994, que ce soit en matière de respect de l'être humain (dès le commencement de la vie jusqu'après la mort) et de son corps (inviolabilité et indisponibilité de celui-ci, avec prohibition, d'une part, des conventions portant sur la procréation ou la gestation pour autrui et des conventions rémunératoires, d'autre part, de l'eugénisme et du clonage) qu'en matière de droits des malades.

Bien que porteurs de robustes principes, ces textes ne sont pas immuables, loin s'en faut : issus pour la plupart des lois bioéthiques, ils font l'objet d'une révision périodique, en principe quinquennale, même si dix années séparent les trois premières lois bioéthiques de la dernière (1994 et 2004) ; à l'heure actuelle, le

législateur prépare la troisième loi prévue pour 2009.

La jurisprudence émanant du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation rend compte de l'application de ces textes au gré des affaires soumises à ces juridictions, qui ont l'avantage - non négligeable - de pouvoir les adapter en fonction des évolutions de la science et des mentalités.

Certes, à l'inverse de ce qui existe en matière de vie privée et de données personnelles, le Conseil constitutionnel n'a pas consacré des principes figurant dans la loi et n'a pas édicté des principes nouveaux, en dehors du principe de dignité de la personne humaine.

Dès lors, le comité s'est fortement interrogé sur le point de savoir s'il devait proposer l'inscription, dans le Préambule ou dans la Constitution, de principes liés à la bioéthique.

Mais, pour des motifs assez semblables à ceux qu'il a retenus pour résoudre la question précédente, il a finalement préféré ne pas le faire.

Il a relevé qu'à supposer que l'intégration de principes soit proposée, cela n'aurait pu en concerner qu'un nombre nécessairement restreint, le Préambule ou la Constitution n'autorisant, compte tenu de leur forme rédactionnelle et de leur objet, ni de retenir plus de trois ou quatre principes ni de les détailler.

Il a alors considéré que **l'élévation, dans le Préambule ou la Constitution, de principes du type de ceux énoncés plus haut et figurant déjà dans la loi, d'une part, constituerait une opération qui, en l'état, ne présenterait aucune justification objective, d'autre part, concernerait des principes qui peuvent apparaître aujourd'hui intangibles, mais qui pourraient fort bien se révéler ne plus l'être demain.**

En effet, des auditions auxquelles le comité a procédé ont pu montrer qu'au regard de l'état des connaissances actuelles, les spécialistes eux-mêmes manquent

de lisibilité sur l'ampleur des bouleversements susceptibles d'intervenir au cours des prochaines années dans le domaine des sciences de la vie et de la santé, de sorte que consacrer de tels principes dans la Constitution, siège de la norme intemporelle et non sujette à révision, reviendrait à entériner l'irréversibilité d'une norme au périmètre instable et variable.

Le comité a donc estimé que, dans cette matière comme dans la précédente, il valait mieux s'en remettre au législateur, soumis à l'obligation de réviser périodiquement les textes, et au juge, en particulier au Conseil constitutionnel, dont le rôle créateur a déjà été souligné et qui, pour l'heure, s'en est tenu au principe de dignité.

G. — LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE DE DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE

D'emblée, la question de la dignité de la personne humaine est apparue suffisamment importante au comité pour qu'il décide de lui réserver un traitement particulier et de consacrer le principe sous une forme qui restait à déterminer avec précision.

Bien que d'origine lointaine, le principe de dignité est un concept d'une actualité prégnante : chacun en appelle aujourd'hui à lui et l'on ne compte plus les chroniques littéraires, philosophiques, juridiques¹⁶⁰, les articles de presse et les colloques qui lui sont dédiés¹⁶¹ : de partout, l'appel à la dignité fait partie des

160. V., par ex., en dernier lieu, Emmanuel Dreyer, *La dignité opposée à la personne*, Dalloz 2008, p. 2730.

161. Un colloque organisé conjointement par la Faculté de Sciences sociales et économiques de Paris et l'association Justice et Paix sur le thème "*Dignité humaine, quelle réalité 60 ans après la Déclaration universelle des Droits de l'Homme ?*" s'est tenu, les 23 et 24 septembre 2008, à l'Institut Catholique de Paris afin de "*faire le point sur la réalité de la dignité humaine aujourd'hui*" (V. La

formes les plus incontournables du discours public.

La sphère juridique n'est évidemment pas exempte de cette tendance. Le droit moderne, sous toutes ses formes et dans toutes ses expressions, multiplie les invocations de la dignité de la personne humaine (1), sans toutefois qu'aient été dissipées toutes les ambiguïtés quant à sa signification exacte (2). Après en avoir très longuement et vigoureusement débattu, le comité a finalement reconnu l'utilité de la consécration de la notion au niveau constitutionnel, sous la forme d'un principe d'égalité de dignité de chacun (3).

1. Une présence juridique déjà généralisée et protéiforme

Plusieurs **pays européens** ont inscrit la notion de dignité de la personne humaine dans leur Constitution.

Ainsi, selon l'article 1^{er} (1) de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 : « *La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger* ». Selon l'article 23 de la Constitution belge : « *Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine* ». Selon l'article 10 de la Constitution espagnole du 29 décembre 1978 : « *La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale* ». Selon l'article 3 de la Constitution de la République italienne du 27 décembre 1947 : « *Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales* ». Selon l'article 7 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 : « *La dignité humaine doit être respectée et protégée* ».

Plusieurs **textes internationaux** font également une place éminente au terme de dignité.

Croix du 25 septembre 2008).

- La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 :

✓ en son Préambule : « *Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* »,

✓ en son article 1^{er} : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* »,

✓ en son article 22 : « *Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays* »,

✓ en son article 23 : « *3. Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale* ».

- Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, en son article 10 : « *1. Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* ».

- La Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur le 2 septembre 1990 et ratifiée par la France le 7 août 1990, en son article 37 : « *Les Etats parties veillent à ce que : c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge* ».

- La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme :

✓ en ses articles 1^{er} : « *Le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité intrinsèque et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité* » et 2 : « *(a) Chaque individu a droit au respect de*

sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques. (b) Cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun et leur diversité »,

✓ en son article 6 : « *Nul ne doit faire l'objet de discriminations fondées sur ses caractéristiques génétiques, qui auraient pour objet ou pour effet de porter atteinte à ses droits individuels et à ses libertés fondamentales et à la reconnaissance de sa dignité »,*

✓ en son article 10 : « *Aucune recherche concernant le génome humain, ni aucune de ses applications, en particulier dans les domaines de la biologie, de la génétique et de la médecine, ne devrait prévaloir sur le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de la dignité humaine des individus ou, le cas échéant, de groupes d'individus »,*

✓ en son article 11 : « *Des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine, telles que le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains, ne doivent pas être permises »,*

✓ en son article 12 : « *(a) Chacun doit avoir accès aux progrès de la biologie, de la génétique et de la médecine concernant le génome humain, dans le respect de sa dignité et de ses droits. »*

- La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme, en ses articles 3 : « *1. La dignité humaine, les droits de l'homme et les libertés fondamentales doivent être pleinement respectés »* et 10 : « *L'égalité fondamentale de tous les êtres humains en dignité et en droit doit être respectée de manière à ce qu'ils soient traités de façon juste et équitable ».*

- La Charte européenne des droits fondamentaux, en son article 1^{er} : « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ».*

- La Convention dite d'Oviedo, en son article 1^{er} : « *Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine. Chaque Partie prend dans son droit interne les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de la présente Convention ».*

Les **lois françaises** ne sont pas en reste.

- L'article 16 du code civil énonce que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».*

- L'article L. 1110-2 du code de la santé publique dispose que « *la personne malade a droit au respect de sa dignité* » et les articles L. 1111-10, alinéa 2, et L.1111-13, alinéa 2, que « *le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10* ».

- L'article L. 611-17 du code de la propriété intellectuelle édicte que « *ne sont pas brevetables les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, cette contrariété ne pouvant résulter du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition législative ou réglementaire* ».

- L'article L. 131-5-1 du code pénal prescrit que le stage de citoyenneté qui peut être substitué à une peine d'emprisonnement a pour objet de « *rappeler les valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité humaine sur lesquelles est fondée la société* » (l'article R. 131-35 est dans le même sens).

- Les articles L. 222-33-2, L. 225-4-1, L. 225-14, L. 227-24, L. 433-5 et L. 434-24 du même code répriment d'une peine d'emprisonnement et d'amende un certain nombre d'agissements « *contraires* » à la dignité, « *incompatibles avec la dignité humaine* », « *susceptibles* » ou « *de nature* » ou « *tendant à* » porter atteinte à la dignité, ou encore portant « *gravement atteinte à la dignité humaine* ».

La **jurisprudence** fait appel, elle aussi, et de manière assez fréquente, à la notion de dignité.

- S'agissant des juridictions européennes, le terme de dignité ne figurant pas dans la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶², la **Cour de Strasbourg** a rendu de nombreux arrêts sur le fondement de l'article 3 de la Convention, selon lequel « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains*

162. Le Préambule du Protocole n° 13 à la Convention dispose que « *les Etats membres du Conseil de l'Europe, signataires du présent Protocole, convaincus que le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains* ». Il sert de fondement à certaines décisions consacrant le droit au respect de la dignité humaine : par exemple, 12 mars 2003, *Öcalan c/ Turquie*, req. n° 46221/99, spéc. § 56.

ou dégradants ».

Elle a par ailleurs étendu les notions de traitements inhumains et dégradants à des situations qui n'étaient pas prévues par les auteurs de la Convention, telle la situation des personnes privées de liberté (personnes détenues et personnes internées (handicapées ou non) et celle des personnes en voie d'expulsion ou d'extradition.

Même sans compter avec les hypothèses dans lesquelles il est loisible de penser qu'elle a invoqué la dignité de la personne humaine de manière implicite¹⁶³, la Cour s'est référée à plusieurs reprises à la notion de dignité.

Elle a ainsi décidé qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3¹⁶⁴.

Elle a estimé que des conditions de détention avaient porté atteinte à la dignité d'un requérant et avaient provoqué chez lui des sentiments de désespoir et d'infériorité propres à l'humilier et à le rabaisser, voire à briser sa résistance physique et morale¹⁶⁵.

Elle a jugé que « *l'article 3 impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate (Kudla c. Pologne [GC], n° 30210/96, §§ 92-94, CEDH 2000-XI)* »¹⁶⁶.

163. 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, req. n° 21627/93, 21826/93 et 21974/93, dans une affaire relative aux pratiques sadomasochistes.

164. 4 décembre 1995, *Ribitsch c/ Autriche*, req. n° 18896/91.

165. 19 avril 2001, *Peers c/ Grèce*, req. n° 28524/95.

166. 24 juillet 2001, *Vasalinas c/ Lituanie*, req. n° 44558/98.

Elle a considéré que « *la pratique des fouilles à corps hebdomadaires, qui fut imposée au requérant pendant une période d'environ trois ans et demi, alors qu'il n'y avait pour cela aucun impératif de sécurité convaincant, a porté atteinte à sa dignité humaine et a dû provoquer chez lui des sentiments d'angoisse et d'infériorité de nature à l'humilier et à le rabaisser* »¹⁶⁷.

La **Cour de Luxembourg** a reconnu que « *l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit* » ; elle a décidé à cette occasion que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une activité économique consistant en l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes homicides fasse l'objet d'une mesure nationale d'interdiction adoptée pour des motifs de protection de l'ordre public en raison du fait que celle-ci porte atteinte à la dignité humaine¹⁶⁸.

- S'agissant des juridictions françaises, c'est à l'occasion de l'examen de deux des trois premières lois bioéthiques que le **Conseil constitutionnel** a déduit du Préambule de la Constitution de 1946 « *que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* », estimant en l'espèce que les principes affirmés par ces lois, au nombre desquels figuraient la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine, tendaient à assurer le respect de ce principe¹⁶⁹.

Il s'est référé par la suite à plusieurs reprises au « *principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »¹⁷⁰, évoquant dans une

167. 4 février 2003, *Van Der Ven c/ Pays-Bas*, req. n° 50901/99.

168. 14 octobre 2004, Aff. C-36/02, *Omega c/ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

169. Décision n° 94-343/344 du 27 juillet 1994, *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*, JO du 29 juillet 1994, p. 11024.

170. Décisions n° 96-377 du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et*

décision « *l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »¹⁷¹.

Le **Conseil d'Etat** a également consacré le principe de dignité, notamment dans la célèbre affaire dite du « lancer de nain » : après avoir énoncé que « *le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public* », il a considéré que l'attraction consistant à ce qu'un nain, harnaché à cet effet, se laisse lancer par des spectateurs comme un projectile portait atteinte, par son objet même, à la dignité de la personne humaine, de sorte que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération¹⁷².

Dans le domaine de la radiodiffusion, il a jugé que constituaient une atteinte à la dignité de la personne humaine et justifiaient à ce titre les sanctions prises par le Conseil supérieur de l'audiovisuel contre les éditeurs de services intéressés :

- ✓ la radiodiffusion de propos racistes et antisémites¹⁷³,
- ✓ l'attitude d'animateurs de radio ayant incité les auditeurs à multiplier les témoignages sur l'état des cadavres d'une femme et d'un enfant et les ayant encouragés à donner des détails particulièrement choquants¹⁷⁴,
- ✓ les propos tenus à l'antenne par un animateur de radio, qui

comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, JO du 23 juillet 1996, p. 11108, et n° 94-359 du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, JO du 21 janvier 1995, p.1166 ; V. également décision n° 2006-539 du 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, JO du 25 juillet 2006, p. 11066.

171. Décision n° 2001-446 du 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, JO du 7 juillet 2001, p. 10228.

172. 27 octobre 1995, n° 136727 et 142578, Lebon.

173. 9 octobre 1996, n° 173073, Lebon.

174. 30 août 2006, n° 276866, Lebon.

s'était réjoui de la mort d'un policier tué au cours d'une fusillade avec des malfaiteurs¹⁷⁵.

Dans un tout autre domaine, il a jugé que des dispositions rendant obligatoires un certain nombre de vaccinations ou donnant la possibilité à l'autorité administrative d'instituer par voie réglementaire de telles obligations, si elles avaient pour effet de porter une atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain invoqués par les requérants, avaient été mises en oeuvre dans le but d'assurer la protection de la santé, qui est un principe garanti par le Préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958, et étaient proportionnées à cet objectif, de sorte qu'elles ne méconnaissaient pas le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine¹⁷⁶.

Il a jugé très récemment, à propos de l'autorisation donnée à une société d'exploiter un centre de traitement des déchets sur le territoire d'une commune où reposeraient encore environ trois cents dépouilles de soldats tués au cours de la Première guerre mondiale dont une quarantaine dans le secteur concerné, que le principe de respect de la dignité n'avait été méconnu, dès lors que, dans l'hypothèse où des restes humains seraient exhumés au cours du chantier, une procédure faisant l'objet d'un accord avait été mise en place, en liaison avec la gendarmerie, la direction départementale des anciens combattants et des associations patriotiques, en vue de leur relèvement et de leur inhumation¹⁷⁷.

La **Cour de cassation** a été amenée à faire application du concept de dignité principalement en matière de droit de la presse : elle a ainsi jugé, d'une manière générale, que la liberté de communiquer des informations autorise la publication d'images de personnes impliquées dans un événement, sous la seule

175. 20 mai 1996, n° 167694, Lebon.

176. 26 novembre 2001, n° 222741, Lebon.

177. 26 novembre 2008, n° 301151 et 301180, Lebon.

réserve du respect de leur dignité¹⁷⁸ et que le principe de la liberté de la presse implique le libre choix des illustrations d'un débat général de phénomène de société sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine¹⁷⁹ ; elle a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir décidé qu'une photographie représentant distinctement le corps et le visage d'un préfet assassiné, gisant sur la chaussée, était attentatoire à la dignité de la personne humaine¹⁸⁰.

Dans le domaine du droit social, elle a estimé que le fait de porter à la connaissance du personnel, sans motif légitime, les agissements d'un salarié nommément désigné constitue une atteinte à la dignité de celui-ci, de nature à lui causer un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi¹⁸¹.

Dans le domaine du droit pénal, elle a jugé que caractérise « *l'hébergement incompatible avec la dignité humaine* » le fait de louer, à titre onéreux, à une famille de trois personnes dont un enfant et une femme enceinte, un logement de 20 m² qui, contrevenant aux dispositions du règlement sanitaire départemental, présente une humidité et des conditions de chauffage mettant en péril la santé des occupants¹⁸².

Trois décisions émanant de juridictions du fond méritent également d'être citées :

✓ la cour d'appel de Paris a jugé qu'en imposant au regard, en des lieux de passage public forcé ou dans certains organes de presse, l'image fractionnée et tatouée du corps humain (des photographies montraient des parties d'un corps marquées des mots HIV), des sociétés avaient utilisé une symbolique de stigmatisation dégradante pour la dignité des personnes atteintes de manière

178. Civ, 1ère, 20 février 2001 et 13 novembre 2003, Bull. civ. I, n° 42 et 231.

179. Civ, 2ème, 4 novembre 2004, Bull. civ. II, n° 486.

180. Civ, 1ère, 20 décembre 2000, Bull. civ. I, n° 341 ; la Cour de cassation, comme le Conseil d'Etat (cf. arrêt du 26 novembre 2008, préc. note 177), considère ainsi que le principe de dignité s'applique après la mort.

181. Civ, 1ère, 25 février 2003, Bull. civ. V, n° 66.

182. Crim, 11 février 1998, Bull. crim. n° 53.

implacable en leur chair et en leur être, de nature à provoquer à leur détriment un phénomène de rejet ou à l'accentuer¹⁸³,

✓ la cour d'appel de Versailles a jugé que portait atteinte à la dignité des malades atteints de schizophrénie la commercialisation d'un jouet (un singe en peluche dénommé « Nazo le Skizo ») de nature à susciter la dérision et la discrimination à l'égard de cette catégorie de personnes¹⁸⁴,

✓ le tribunal de grande instance de Nanterre a jugé qu'étaient attentatoires à la dignité humaine les propos, même répondant au souci de faire rire, tenus lors d'une émission de télévision et assimilant les nains à de la nourriture et au règne animal¹⁸⁵.

Au total, un constat émerge : **la notion de dignité de la personne humaine « a envahi notre système juridique »¹⁸⁶, elle « irrigue une grande partie du droit »¹⁸⁷.**

On peut d'ailleurs s'étonner de ce que le principe de dignité ne figure pas dans la Constitution. Mais, comme le Conseil constitutionnel l'a mis en évidence dès sa décision relative à la bioéthique¹⁸⁸, la référence au principe a été implicite : le Préambule de 1946 fait d'emblée mention de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté « *d'asservir et de dégrader la personne humaine* », ce qui ne laisse guère la place au doute.

Mais cela ne signifie pas qu'un accord unanime règne dans le droit français

183. 28 mai 1996, Dalloz 1996, 617, note Edelman.

184. 24 novembre 2004, Dalloz 2005, Inf. rap. 388.

185. 20 septembre 2000, Communication - Commerce électronique, décembre 2000, p. 28, n° 135, note A. Lepage.

186. S. Guillen, *Dignité de la personne humaine et police administrative. Essai sur l'ambivalence du standard*, in *La dignité de la personne humaine. Mélanges offerts à Christian Bolze*, Economica 1999, p. 175.

187. F. Bussy, *La consécration par le juge français du respect de la dignité humaine*, in *Justice et Droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec 2003, p. 61.

188. Préc. note 169.

sur ce qu'il convient d'entendre exactement par les mots de dignité de la personne humaine.

2. Un contenu multiple et incertain

Que recouvre exactement aujourd'hui le concept de dignité, dont la définition n'est d'ailleurs donnée par aucun texte ?

La phrase d'Emmanuel Kant est bien connue : « *ce qui constitue la condition qui seule peut faire que quelque chose est une fin en soi, cela n'a pas seulement une valeur relative, c'est-à-dire un prix, mais a une valeur intrinsèque, c'est-à-dire une dignité* »¹⁸⁹. Mais elle n'est pas d'un très grand secours pour le juriste en quête d'une définition opératoire.

A considérer notamment ce qui précède, il apparaît surtout que, **sous le même vocable de dignité, le droit renvoie, selon les cas, à des acceptions très différentes**. À l'issue de la recherche qu'elles ont menée à ce propos, Mmes Charlotte Girard et Stéphanie Hennette-Vauchez dégagent « *trois types de définitions substantielles* » de ce principe¹⁹⁰.

Selon une **première approche**, qualifiée de « *traditionnelle* », la dignité, « *liée avec la trace la plus ancienne du principe en droit, à savoir le principe de dignitas* », est « *une qualité attachée à un rang ou à une fonction officielle* ». En ce sens, d'une part, elle est « *directement porteuse d'obligations particulières* » qui « *incombent à la personne titulaire de la fonction ou de l'office* », d'autre part, elle « *emporte, à l'égard des tiers, une obligation générale de respect de ce rang ou de cette fonction* », « *la dignité-dignitas fonctionn[ant] alors comme un attribut de la souveraineté* ». « *La vocation de la dignité est ici la protection de la fonction, non celle de la personne physique qui en est chargée* ».

Selon une **deuxième approche**, la dignité est une qualité attachée, non plus

189. *Fondements de la métaphysique des moeurs*, 1785, Le Livre de Poche 1993, p. 113.

190. *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF 2005, Coll. Droit & Justice, p. 17 et s.

cette fois à un rang ou à une fonction, mais « à la personne humaine » en tant qu'elle peut être opposée par chaque homme à des tiers. Ici, la dignité, qui s'incarne dans les incriminations pénales et dans les législations sociales, « est comparable dans son fonctionnement aux références traditionnelles que constituent la liberté et l'égalité » ; « d'une part, elle privilégie le présupposé de l'égalité entre les personnes humaines titulaires de la protection qu'offre la dignité » ; « d'autre part, elle présuppose la liberté ou l'autonomie conçues dans la théorie politique moderne comme les principes fondateurs de tout système politique ».

Autrement dit, c'est parce que les hommes sont tous et également dépositaires de la même dignité qu'il est inacceptable que l'un d'entre eux exerce une véritable domination sur son prochain. C'est aussi parce qu'ils sont égaux en dignité que les êtres humains ne peuvent être liés que par la loi commune ou par l'effet de leur propre consentement, et que l'asservissement, lui, n'est jamais acceptable.

Cette conception de la dignité est celle à laquelle les peuples européens se sont ralliés après la Seconde guerre mondiale, instruits qu'ils étaient des ravages que venait de causer son mépris¹⁹¹.

Selon une **troisième approche**, cependant, pour reprendre une expression de Mmes Girard et Hennette-Vauchez, la dignité est « une qualité opposable à l'homme par des tiers » et « devient ici un concept absorbant les obligations générales de respect vis-à-vis d'une certaine représentation de ce qu'est l'humanité digne. La série d'obligations comprise dans cette approche incombe à tout individu quel qu'il soit et en tant qu'il appartient au genre humain ». Il s'agit « d'une conception nouvelle, fondée sur une redéfinition des concepts traditionnels de droits, de libertés, d'autonomie ainsi que sur l'utilisation de nouvelles notions de dignité, d'humanité, de personne ». Dit autrement, l'être humain digne est, en ce sens,

191. Des travaux universitaires récents montrent au demeurant qu'il y avait plus là redécouverte d'un fond philosophique déjà présent à l'époque des Lumières qu'une invention pure et simple (cf. notamment les travaux de M. Olivier Cayla, et en particulier *Le coup d'État de Droit*, Le Débat, 1998, n° 100, p. 108). Mais, à bien y réfléchir, cela n'a rien de très étonnant, tant la liberté et l'égalité des Modernes sont fondamentalement humanistes.

celui qui, disposant de soi, c'est-à-dire, pour l'essentiel, de son propre corps, ne contrevient pas à un modèle de comportement socialement prédéterminé comme acceptable. C'est celui qui, vis-à-vis de lui-même, « se montre digne » de la condition humaine.

Cette approche est clairement celle qui prévaut dans les jurisprudences précitées *Commune de Morsang-sur-Orge* du Conseil d'Etat et *Laskey, Jaggard et Brown* de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ici¹⁹², le spectacle du « *lancer du nain* » est jugé indigne, alors même qu'il ne suppose aucune aliénation, au moins apparente, de l'intéressé - lequel était l'entrepreneur de son propre spectacle ; là¹⁹³, le même jugement s'applique aux sadomasochistes alors même qu'ils revendiquaient leur libre consentement à leurs propres pratiques. Dans les deux cas, l'invocation de la dignité de la personne humaine a servi à poser une limite à leur capacité de librement disposer d'eux-mêmes. Reproche est fait à ces personnes, par la société, d'attenter à un modèle du comportement humain tenu pour acceptable.

Une opposition pratique et philosophique apparaît ici. Si l'on reprend la typologie proposée par Mmes Girard et Hennette-Vauchez, la deuxième acception de la dignité en fait pour chaque homme un rempart contre l'agression extérieure - la domination par un autre sujet. Elle postule à cet effet une aptitude de chacun au

192. Préc. note 172.

193. Préc. note 163 : dans son arrêt, même si elle n'a pas fait référence expresse au principe de dignité, la Cour de Strasbourg a approuvé des poursuites engagées à l'encontre des intéressés et a admis que la répression procédait de « *mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection de la santé au sens de l'article 8 § 2 de la Convention* » ; elle est ensuite revenue à une conception plus « libérale » dans un arrêt *K. A. et A. D. c/ Belgique* du 17 février 2005 (req. n° 42758/98 et 45558/99) : après avoir énoncé que « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de l'autonomie personnelle,* » et que « *la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne* », elle a décidé que « *le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus* » et qu'il faut « *des raisons particulièrement graves pour que soient justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité* ».

gouvernement de soi et se donne par là comme le corollaire naturel de la liberté et de l'égalité. La troisième acception, en revanche, se veut constitutive d'une limite à la liberté de chacun : celle de disposer de lui-même – et non plus seulement de l'autre.

La décision d'inscrire un principe de la dignité de la personne humaine dans le Préambule de la Constitution n'a rien d'anodin. **L'ambivalence même de la notion recouvre et dissimule des options philosophiques et idéologiques divergentes.** C'est la raison pour laquelle elle ne peut être recommandée, à l'état brut, sans autre forme de procès.

La réflexion du comité sur ce point a été enrichie par la contribution de nombreuses personnalités auditionnées.

Certaines se sont montrées très favorables à l'inscription du principe de dignité. C'est le cas de Mme Christine Boutin, qui a fait sienne la formule de Mme Muriel Fabre-Magan, selon laquelle la dignité est « *indémontrable, indérogeable et indiscutable* ». Elle a vu dans ce principe « *un rempart contre l'instrumentalisation de la personne* » et un moyen de « *protéger l'humanité dans son ensemble* », qui pourrait en outre donner lieu à d'autres développements dans la Constitution, comme, par exemple, la lutte contre la pauvreté. C'est également le cas de Mme Christiane Ménasseyre ou de Mme Sylviane Agacinski. M. Jean-Pierre Changeux a, pour sa part, proposé d'introduire dans le Préambule les principes de respect de l'autonomie de la personne et de respect de ses capacités décisionnelles en lieu et place du concept « valise » de dignité, dont l'usage lui est apparu trop souvent abstrait.

D'autres personnalités invitées se sont montrées plus radicalement critiques, comme, par exemple, M. Luc Ferry, qui s'est montré dubitatif sur l'opportunité de constitutionnaliser un terme porteur d'une série d'oppositions entre des partis pris idéologiques très marqués.

3. L'opportunité d'une constitutionnalisation sélective et maîtrisée

A l'heure d'arbitrer, pour formuler ses propositions, entre les différentes options qui se présentaient à lui au sujet du principe de dignité, le comité pouvait être tenté de renoncer à suggérer toute inscription de ce type dans le Préambule. D'une part, de vifs débats avaient eu lieu en son sein, révélateurs - au-delà de l'opposition de tel ou tel - de la difficulté qui existe à avancer collectivement sur une question aussi fondamentalement soumise à la sensibilité philosophique de chacun. D'autre part, la doctrine dont s'est dotée le comité fournissait un argument sérieux en faveur de l'abstention, celui-ci ayant pris pour règle, on le sait, de ne pas proposer l'écriture de principes préexistants dans la jurisprudence et le principe de la dignité de la personne humaine ayant déjà fait l'objet d'une consécration incontestable par le Conseil constitutionnel.

La résolution du comité s'est pourtant faite en faveur d'une proposition positive à ce sujet et ce, pour plusieurs raisons.

- D'abord, il est apparu que, **dans ce domaine, la question « symbolique » ne pouvait pas être résolue aussi facilement que dans d'autres.** La responsabilité historique de la France dans l'écriture des droits de l'homme ne peut être éludée. Et il est incontestable qu'une sorte de bizarrerie caractérise l'état actuel de notre corpus constitutionnel à cet égard : la France, matrice des droits de l'homme et grand promoteur des valeurs humanistes dont dérive pour une large part l'idée moderne de dignité, est l'une des rares démocraties modernes à ne pas afficher, de manière lisible, ce principe au Panthéon de ses principales valeurs de référence.

- Ensuite, on ne saurait faire abstraction de **l'importance qui s'attache aujourd'hui, dans la résolution de nombreux problèmes de société,**

à la considération de la dignité de la personne. Les politiques de santé publique ou de lutte contre l'exclusion sociale, par exemple, ne cessent d'interroger la condition humaine et d'imposer à la société française de porter sur elle-même un regard proprement éthique et philosophique. Une référence commune visant à voir respecter la dignité de chacun ne serait pas à négliger. Le même raisonnement peut être tenu dans d'autres domaines : l'éducation, par exemple, notamment dans ses rapports avec la construction de la citoyenneté voire du civisme peut se voir valablement éclairée par une référence de ce type. Il en va de même pour la définition et la garantie des droits des personnes détenues en prison, le projet de loi pénitentiaire récemment déposé devant le Parlement se référant d'ailleurs expressément au concept de dignité. Quant à l'intérêt d'invoquer la dignité de la personne humaine pour aborder certains problèmes parmi les plus délicats de la bioéthique, elle a déjà été mise en avant dans le présent rapport.

- Enfin, le comité a pensé qu'il serait regrettable de sacrifier complètement ces indéniables apports à la seule considération de l'ambivalence du mot de dignité. Plusieurs voix se sont fait entendre en son sein pour dénoncer les risques d'un contrôle social excessif que fait peser sur la vie moderne un usage trop moralisateur de ce terme - lequel est entièrement compris, d'ailleurs, dans sa troisième acception, selon la typologie retenue ci-dessus. Mais tous ont reconnu comme porteuse d'une véritable valeur de civilisation l'acception la plus incontestablement humaniste de l'idée de dignité - telle que comprise dans la deuxième acception du terme, selon cette même typologie.

Aussi bien le comité a-t-il été finalement d'avis de suggérer la consécration écrite d'un principe de dignité, mais a entendu attirer l'attention du constituant sur l'importance qui s'attacherait à l'adoption d'une **rédaction très précise**, concentrée autour du concept d'*égale dignité*.

Il existe deux motifs à cela :

- d'une part, le consensus n'existait au sein du comité que sur cette formulation, la seule, philosophiquement et historiquement, à ne recouvrir que l'acception la plus libérale de la dignité ;

- d'autre part, il a semblé au comité que ses propres débats internes étaient révélateurs de l'état du consensus possible au sein de la société française. La communauté nationale, soucieuse de laïcité, de tolérance et de respect pour de nombreuses différences (dans les modes de vie, les mœurs etc..) peut et doit s'accommoder sans peine de l'exigence, pour chaque personne, d'avoir à respecter toute autre comme son égale, en droits et en dignité. Mais il n'est pas certain qu'elle soit désireuse, dans sa large majorité, de voir la liberté de chacun assujettie à un contrôle social plus marqué, où la collectivité pourrait dire à chacun comment disposer de lui-même. Dans l'esprit de beaucoup, la définition de la manière de se conduire dignement, dans la relation de soi à soi, reste fondamentalement une affaire de choix, de liberté et, pour tout dire, d'autonomie. Rien ne permet de penser qu'un consensus constitutionnel puisse s'établir au-delà. Il n'est même pas sûr, d'ailleurs, qu'un débat sur ce thème ne soit pas de nature à réveiller des antagonismes aussi redoutables qu'inutiles, notamment sur le terrain de la neutralité spirituelle de l'État et de sa légitimité à gouverner les esprits.

Nul doute, en revanche, que l'État est habilité à régir la relation d'un individu à son semblable, et à lui imposer certaines contraintes, au nom et dans l'intérêt de la société tout entière. La promotion d'un principe d'*égale dignité* sert assurément cet objectif. Le comité n'a donc pas eu de peine à la faire sienne, et à en recommander l'écriture à l'article 1^{er} de la Constitution.

Après avoir d'abord envisagé une formulation de type : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en dignité et en droits* », très proche de celle qui figure à l'article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme, le comité s'est en effet accordé sur l'idée d'un article 1^{er} de la Constitution, dont le premier alinéa

serait ainsi conçu :

« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle reconnaît l'égalité de dignité de chacun. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ».

Conclusion

Le comité avait pour mission de réfléchir à la création de droits constitutionnels ambitieux parce que destinés à faciliter la résolution de problèmes d'une complexité redoutable. Les défis lancés par l'évolution des sciences et des techniques en donnent un bon exemple ; la promotion de la diversité française aussi, puisque le débat qu'engage cette notion porte sur la possibilité de sceller un nouveau pacte républicain, plus apte à assurer l'intégration des français de toutes origines. Rien de tout cela ne s'approche sans hésitation. Le mandat donné au comité ne pouvait donc se comprendre autrement que comme celui d'apprécier la part respective des espérances et des risques associés à de telles évolutions juridiques. Son expertise était fondamentalement - voire exclusivement - appelée sur la nécessité juridique, la faisabilité et l'innocuité de réformes constitutionnelles de ce type. C'est donc sur ce terrain qu'il a placé sa réflexion. Et c'est en procédant de manière approfondie au bilan des avantages et des coûts qu'il s'est - d'ailleurs très progressivement - déterminé dans un sens défavorable à la révision du Préambule.

Sous réserve, d'une part, d'un ajout à l'article 1^{er} de la Constitution pour y introduire une référence à un principe d'égalité de chacun¹⁹⁴, afin d'accorder le texte de la Constitution avec l'esprit des valeurs auxquelles la nation est le plus fondamentalement attachée depuis la fin de la Seconde guerre mondiale ; et considérant, d'autre part, que les questions touchant à la parité hommes-femmes et

194. Cette proposition tend aussi à identifier avec une précision accrue le contenu de l'idée de dignité sur lequel semble pouvoir, aujourd'hui, s'établir le consensus républicain. On ne peut méconnaître que le mot de dignité est susceptible de recevoir des acceptions extrêmement variées, voire contradictoires. Et il n'est pas forcément souhaitable que cette ambiguïté s'exprime au niveau constitutionnel. C'est pour cette raison que le comité a retenu une conception précise de la dignité : celle qui fait de chaque être humain l'égal de tous les autres, et exclut qu'un individu puisse être assujéti à la simple volonté d'un autre, sauf à y avoir dûment consenti.

au pluralisme des médias, ont été tranchées par le constituant le 21 juillet 2008 avant que lui-même n'ait définitivement pris position – le comité n'a pas recommandé pas que le Préambule soit modifié.

Cette position revêt une signification profonde. Elle tient en trois idées fermes, à l'exacte compréhension desquelles le comité attache la plus haute importance à l'heure de conclure son rapport.

Première idée : le vice principal de l'arsenal constitutionnel des droits fondamentaux n'est pas d'être insuffisant, mais d'être méconnu.

A bien y regarder, le comité a pu constater que les droits constitutionnellement protégés sur le sol français forment aujourd'hui un ensemble considérable. Il peut même être tenu pour l'un des plus denses - *a fortiori* depuis l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement - et surtout des plus équilibrés du monde occidental. Cela tient évidemment à la qualité de chacun des textes qui, pris ensemble, forment le Préambule de la Constitution de la V^e République, et en particulier de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946. Mais cela tient aussi au travail des juges, et singulièrement du Conseil constitutionnel. Comme le montre de manière éloquente le tableau récapitulatif joint au présent rapport (annexe 5), une jurisprudence nourrie s'est développée sur le fondement des textes fondateurs, dont a résulté un enrichissement significatif du corpus des droits fondamentaux. Le juge, par son travail d'interprétation, par l'utilisation parfois assez créative qu'il a faite de certaines virtualités offertes par le texte du Préambule - la notion de « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* », par exemple -, a lui-même assuré l'adaptation de notre Constitution à de nombreuses exigences de la modernité. Sans doute a-t-il même comblé certaines lacunes. Certains peuvent regretter que cette tâche lui soit finalement revenue, et non pas au constituant lui-même. Mais le fait n'en est pas moins avéré : la France

dispose aujourd'hui de ressources constitutionnelles immenses, dont l'énumération s'étend relativement loin au-delà de la lettre du Préambule. Tout cela appelle plusieurs observations.

- En France comme ailleurs, la légitimité de la création du droit par les juges peut naturellement se discuter. Mais, dans ce débat, un paramètre essentiel ne doit jamais être perdu de vue : le pouvoir constituant a toujours eu la capacité de revenir sur telle ou telle avancée jurisprudentielle qu'il aurait pu juger inacceptable ou excessive ; or il ne l'a jamais fait, réserve seulement faite de la loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 amendant une interprétation que le Conseil constitutionnel avait donnée du droit d'asile garanti par le quatrième alinéa du Préambule de 1946¹⁹⁵. Les occasions pratiques n'ont pas manqué, pourtant, puisque notre loi fondamentale a été révisée à vingt-quatre reprises depuis 1958. Le Parlement, s'il avait voulu, aurait à chaque fois pu saisir l'instant pour purger le système juridique des normes qui n'auraient pas eu son aval¹⁹⁶. Il n'a pourtant pas estimé utile de procéder de la sorte. L'enrichissement du Préambule par les juges s'est donc opéré jusqu'ici avec un certain assentiment du pouvoir constituant. A supposer même qu'il y ait eu lieu de le contester, force est de constater qu'une légitimité suffisante lui a été ainsi conférée de manière rétroactive.

- Ce déploiement jurisprudentiel du Préambule depuis la décision fondatrice du 16 juillet 1971¹⁹⁷ ne procède pas seulement d'un état de fait : c'est l'état du droit. Reste à se demander si cet état est suffisamment connu. La réponse

195. Il ne paraît guère légitime de considérer la modification du statut pénal du Président de la République comme possédant au premier plan la nature d'une « réaction » à telle ou telle interprétation de la Constitution par la Cour de cassation ou par le Conseil constitutionnel.

196. La grande révision de juillet 2008 aurait pu, plus que toute autre, fournir un contexte privilégié pour ce faire, puisque de nombreuses questions relatives aux droits fondamentaux ont été débattues durant les travaux.

197. C'est la date à laquelle le Conseil constitutionnel a conféré une pleine valeur juridique au Préambule en acceptant de censurer les lois qui lui seraient contraires (Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, v. supra note 9).

n'est pas douteuse : il est certain que tel n'est pas le cas. Le comité lui-même, tout au long de ses travaux, s'est beaucoup surpris à découvrir des richesses constitutionnelles qu'il ne soupçonnait pas toujours. Le trésor constitutionnel français est donc méconnu. Un important travail d'information des citoyens reste à entreprendre. Nul doute d'ailleurs que l'introduction, par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, d'un mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité sera de nature à contribuer à ce travail de réappropriation, par les justiciables et, au-delà, par les citoyens, de leur patrimoine constitutionnel en matière de droits fondamentaux. Sans préjuger des autres voies possibles, le comité considère en tout cas que son propre rapport, et notamment le tableau récapitulatif des droits qui lui est annexé, peut apporter un modeste concours à cette œuvre indispensable.

- C'est donc d'abord en considérant l'ampleur de notre corpus constitutionnel, ensemble de textes remarquables et de jurisprudences parfois très élaborées, que le comité n'a jugé ni souhaitable ni utile de proposer d'importants enrichissements du Préambule.

- Un autre paramètre a renforcé cette résolution : dans la France d'aujourd'hui, la protection des droits fondamentaux ne dépend pas seulement de la qualité du dispositif constitutionnel ; elle repose aussi sur l'ensemble des conventions internationales et européennes. Or cet ensemble, enrichi lui-même par une jurisprudence ambitieuse - celle de la Cour européenne des droits de l'Homme en particulier - est considérable et va prochainement s'accroître encore avec la pleine valeur juridique conférée à la Charte européenne des droits fondamentaux par le Traité de Lisbonne. Considérable, et placé sous la garde d'un système juridictionnel efficient. Car les Cours européennes sont loin d'assurer seules la garantie des droits dont il s'agit : tous les juges français en font autant et

de manière quotidienne¹⁹⁸. En vertu de l'article 55 de la Constitution, ils sont même autorisés à ne pas appliquer la loi lorsqu'elle leur paraît contraire à ces normes internationales. La qualité et la généralité de cette garantie ajoutent ainsi un sérieux doute quant à la nécessité d'allonger le catalogue des droits au niveau constitutionnel.

Deuxième idée : une réforme du Préambule ne saurait se concevoir autrement que dans un certain consensus national. La règle constitutionnelle suppose une sorte d'accord sur l'essentiel. *A fortiori* s'agissant des droits fondamentaux, de ce que le Président de la République a lui-même qualifié, dans la lettre de mission adressée au comité, de « *socle des valeurs dans lesquelles chacun de nos concitoyens peut se reconnaître* », de « *principes [...] qui, au fond, définissent l'identité républicaine, disent ce que nous sommes et vers quoi nous voulons aller* ». La Déclaration de 1789 avait évidemment cette signification ; le Préambule de 1946 aussi. Le comité devait donc s'efforcer de discerner les lieux possibles d'une entente du pays sur la nature des droits à promouvoir.

C'est une des raisons pour lesquelles, sans consulter directement les principales forces politiques du pays ni prétendre se substituer à elles, il a souhaité procéder à de nombreuses auditions, sollicitant philosophes, sociologues, représentants de la société civile, représentants des principales religions : autant de personnalités qui, dans leur diversité, lui sont apparues comme de bons médiateurs pour traduire l'état actuel des attentes et des craintes de la population. Leur lecture

198. Il a par exemple été montré que le Conseil d'Etat fait application du droit communautaire ou de la Convention européenne des droits de l'homme dans plus du tiers de ses arrêts (chiffre cité par le vice-président du Conseil d'Etat lors de son audition devant le comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage de la V^e République).

de la société était donc précieuse, comme l'était leur compréhension des enjeux propres aux réformes envisagées¹⁹⁹.

L'apport des auditions a été décisif dans l'approche précise de tel ou tel thème entrant dans le champ des réflexions du comité. Mais ce dernier a également tiré de l'ensemble de ces rencontres un sentiment global : sur la perspective, en particulier, d'un changement du cadre constitutionnel aujourd'hui donné au principe d'égalité, la concorde n'est pas à portée de la main. Les points de vue et les perceptions des uns et des autres sont trop écartés, trop incompatibles et souvent trop lestés d'une forte charge passionnelle.

Ainsi la retenue du comité doit-elle se comprendre sous deux angles complémentaires. D'une part, ses membres se sont, au bout du compte et après beaucoup d'hésitations, déterminés sur le fond contre la plupart des modifications du Préambule qui lui étaient soumises et qui, pour tel ou tel, apparaissaient opportunes en première analyse. D'autre part, sa conviction s'est faite aussi sur l'idée qu'il n'eût pas été souhaitable, en tout état de cause, de proposer une réforme trop certainement et trop gravement conflictuelle. Il lui a semblé - à la mesure de ses moyens d'appréciation - que les conditions d'un consensus national n'étaient pas réunies à cet instant, notamment sur la question de la diversité.

Troisième idée : le comité ne prône pas l'immobilisme pour autant, ni ne le juge inéluctable sous l'empire de la Constitution actuelle.

C'est même tout le contraire. L'un des enseignements les plus importants du présent rapport, on l'a vu, pourrait bien être que d'immenses richesses constitutionnelles sont aujourd'hui disponibles. Ces richesses sont sans doute

199. Il va sans dire que, pour cette raison, la plus grande diversité d'approches et d'opinions a été recherchée et que le choix des personnalités auditionnées a été guidé par ce souci.

placées d'abord entre les mains des personnes, au service de leur protection. Mais elles sont aussi à la disposition des pouvoirs publics et notamment du législateur. Dans bien des cas, le comité a été d'avis que la loi était le vecteur le mieux approprié à la réforme, en matière de bioéthique ou de protection des données, par exemple. Mais il lui est aussi apparu qu'il était loisible à ce même législateur « *ordinaire* » d'aller loin dans la résolution de nombreux problèmes.

Il lui semble en particulier qu'une politique ambitieuse de lutte contre les inégalités est possible dans le cadre constitutionnel actuel. Si certaines « *discriminations positives* » sont à la vérité proscrites - on pense en particulier à celles qui emporteraient, entre les citoyens, « *distinction d'origine, de race, ou de religion* » (article 1^{er} de la Constitution)²⁰⁰-, le champ du possible est néanmoins immense. Il apparaît au comité que la Constitution et la jurisprudence du Conseil constitutionnel laissent au législateur d'importants espaces de liberté pour agir contre ce que l'on pourrait appeler la ségrégation réelle. Il ne serait guère acceptable, du reste, qu'il en aille autrement si l'on se remémore les termes exacts de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée [...] n'a point de Constitution* ». Car c'est bien la garantie d'un exercice effectif des droits que leur confère déjà notre Constitution dont nombre de Français ont aujourd'hui besoin pour accéder à une égalité véritable - celle des chances et celle du traitement.

La volonté du comité et le sens de son propos doivent donc être bien compris. Son avis n'est en aucune manière que les objectifs proposés à sa réflexion sont contestables, illégitimes ou secondaires. Il est - exactement à l'inverse - que tous doivent être au plus haut point poursuivis, mais qu'ils le seront dans de

200. On sait que la distinction des sexes, initialement prohibée avec autant de vigueur par le Préambule de 1946, est désormais soumise à un régime autrement permissif par l'effet du même article 1er, tel qu'issu de deux révisions constitutionnelles.

meilleures conditions si d'autres moyens sont mis en œuvre que celui d'une modification du Préambule de la Constitution.

Le présent rapport aura atteint l'un de ses buts essentiels s'il est lu non comme le constat d'une impossibilité de faire progresser la France sur le chemin du droit et de l'égalité mais bien comme un encouragement à faire qu'elle y avance.

—

Annexes

Décrets, arrêtés, circulaires

TEXTES GÉNÉRAUX

PREMIER MINISTRE

Décret n° 2008-328 du 9 avril 2008 portant création d'un comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution

NOR : PRMX0807483D

Le Président de la République,
Sur le rapport du Premier ministre et de la garde des sceaux, ministre de la justice,
Le conseil des ministres entendu,

Décète :

Art. 1^{er}. – Il est créé un comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution. Il est chargé, conformément à ce qu'expose la lettre annexée au présent décret, d'étudier si et dans quelle mesure les droits fondamentaux reconnus par la Constitution doivent être complétés par des principes nouveaux. Il proposera, le cas échéant, un texte correspondant à ses préconisations.

Le comité peut entendre ou consulter toute personne de son choix.

Il remettra son rapport au Président de la République avant le 30 juin 2008.

Art. 2. – Mme Simone Veil, ancien membre du Conseil constitutionnel, ancien ministre d'Etat, est nommée présidente du comité institué par le présent décret.

Sont nommés membres du comité :

M. Bernard Accoyer, président de l'Assemblée nationale ;

Mme Francine Bardy, conseiller à la Cour de cassation ;

M. Claude Bébéar, chef d'entreprise ;

M. Denys de Béchillon, professeur de droit public à l'université de Pau et des pays de l'Adour ;

M. Philippe Bélaïval, conseiller d'Etat ;

M. Richard Descoings, conseiller d'Etat, directeur de l'Institut d'études politiques de Paris ;

Mme Samia Essabaa, professeur d'anglais au lycée professionnel du Moulin Fondu (Noisy-le-Sec) ;

M. Patrice Gélard, sénateur ;

M. Axel Kahn, directeur de recherche à l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, président de l'université Paris-V (René-Descartes) ;

M. Pierre Manent, directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales ;

M. Jean-François Sirinelli, directeur du Centre d'histoire de Sciences Po.

Est nommé rapporteur général du comité : M. Pascal Chauvin, conseiller référendaire à la Cour de cassation.

Art. 3. – Le Premier ministre et la garde des sceaux, ministre de la justice, sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 9 avril 2008.

NICOLAS SARKOZY

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
FRANÇOIS FILLON

La garde des sceaux, ministre de la justice,
RACHIDA DATI

ANNEXE

LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

Paris, le 9 avril 2008.

Madame le ministre d'Etat,

La Constitution de la V^e République a pour objet premier de définir les règles de fonctionnement de nos institutions et de la démocratie. Si la V^e République a fait la preuve incontestable de sa solidité et de son efficacité, ses équilibres initiaux ont été affectés par diverses modifications des textes ou des pratiques ; par ailleurs, le monde et la société française ont changé depuis un demi-siècle, et ces changements modifient l'idée que nos concitoyens se font de la démocratie. C'est la raison pour laquelle j'ai demandé à M. Edouard Balladur, et au comité qu'il a bien voulu présider, de formuler un certain nombre de propositions tendant à la modernisation et au rééquilibrage de nos institutions. Ces propositions ont été reprises dans un projet ambitieux de réforme de notre Constitution sur lequel le Parlement se prononcera dans les prochaines semaines.

Mais la Constitution ne se réduit pas à un ensemble de règles définissant les rapports entre les pouvoirs publics. Elle détermine aussi les libertés fondamentales reconnues à tout individu sur le sol de la République, et le socle des valeurs dans lesquelles chacun de nos concitoyens peut se reconnaître ; des principes et des valeurs qui, au fond, définissent l'identité républicaine, disent ce que nous sommes et vers quoi nous voulons aller.

Il y a cinquante ans, en 1958, le peuple constituant s'est principalement référé, pour définir ces valeurs fondamentales, à deux grands textes : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui affirme les grandes libertés politiques issues des Lumières, et le Préambule de la Constitution de 1946, empreint des idéaux de la Résistance et mettant en avant, comme « particulièrement nécessaires à notre temps », un certain nombre de droits notamment sociaux.

Il ne saurait être question de modifier ou d'affaiblir ces textes, qui sont de portée universelle. Mais depuis lors, le temps a passé. Les enjeux auxquels nous sommes collectivement confrontés ont évolué, notre société s'est profondément transformée. Ces changements soulèvent des questions nouvelles, qui toutes ne relèvent pas de la Charte de l'environnement récemment adoptée.

Certaines d'entre elles me semblent se poser avec une particulière acuité ; je les ai mentionnées dans l'allocation que j'ai prononcée le 8 janvier dernier devant la presse. Doit-on permettre au législateur de mieux garantir l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités, en dehors même de la sphère politique ? Y a-t-il des principes directeurs sur lesquels il conviendrait de fonder, au-delà de l'évolution des techniques, notre approche des problèmes liés à la bioéthique ? Faut-il rendre possibles de nouvelles politiques d'intégration valorisant davantage la diversité de la société française pour favoriser le respect effectif du principe d'égalité ?

Ces questions, auxquelles d'autres peuvent s'ajouter, par exemple la reconnaissance du principe de dignité de la personne humaine, le pluralisme des courants d'expression et des médias, le respect de la vie privée et la protection des données personnelles, ou encore l'ancrage européen de la République, justifient de s'interroger sur l'opportunité d'inscrire un certain nombre de droits et principes fondamentaux nouveaux dans le Préambule de notre Constitution. Soixante ans après la Déclaration universelle des droits de l'homme et cinquante ans après la Constitution de la V^e République, il est légitime et nécessaire que nous nous donnions l'ambition de répondre à des questions de cette nature. L'enjeu est que, sur les problèmes posés par la modernité, notre Constitution soit à nouveau en avance sur son temps.

Vous avez accepté de conduire la réflexion sur ce sujet et je vous en suis profondément reconnaissant. Nul autre que vous n'était plus qualifié pour la mener à bien.

Il vous appartiendra, avec les hautes personnalités qui ont bien voulu vous entourer dans cette mission et que je remercie également, d'identifier les principes dont la réaffirmation ou la consécration apparaîtraient nécessaires, charge au pouvoir constituant de se prononcer définitivement.

La tâche est délicate. Elle exige la recherche d'un consensus politique. Le contexte international, et notamment l'entrée en vigueur prochaine de la Charte européenne des droits fondamentaux, doit en outre être pris en considération. Plus encore que sur tout autre sujet, j'ai besoin de votre complète liberté d'appréciation, tant pour formuler des propositions que pour écarter celles qui, à la réflexion, vous paraîtraient inappropriées.

Il vous reviendra bien sûr de définir la méthode de travail la plus adaptée à votre mission. Je souhaite toutefois, eu égard à son objet, qu'un vaste débat public puisse, le moment venu, accompagner votre travail de réflexion.

En vous remerciant à nouveau d'avoir accepté cette mission, que je vous saurais gré d'avoir menée à son terme si possible avant l'été 2008, je vous prie de croire, Madame le ministre d'Etat, en l'expression de ma respectueuse considération et de mon bien fidèle souvenir.

NICOLAS SARKOZY

Mme Simone Veil
Ancien ministre d'Etat
Présidente du comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution

Annexe 2

Le Préambule de la Constitution de la V^e République dans sa rédaction aujourd'hui en vigueur

Préambule

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'Outre-Mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.

Art. 1^{er}

La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.

La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.

Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789

Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et

sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que leurs actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.

En conséquence, l'Assemblée Nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen.

Art. 1^{er}.

Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

Art. 2.

Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.

Art. 3.

Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

Art. 4.

La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Art. 5.

La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Art. 6.

La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

Art. 7.

Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance.

Art. 8.

La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

Art. 9.

Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

Art. 10.

Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.

Art. 11.

La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.

Art. 12.

La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.

Art. 13.

Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.

Art. 14.

Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.

Art. 15.

La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration.

Art. 16.

Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

Art. 17.

La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

Préambule de la Constitution de 1946

1. Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

2. Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après :

3. La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme.

4. Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République.

5. Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

6. Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.

7. Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.

8. Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.

9. Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la

collectivité.

10. La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

11. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.

12. La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales.

13. La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat.

14. La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple.

15. Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix.

16. La France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion.

17. L'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité.

18. Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer

démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus.

Charte de l'environnement de 2004

Le peuple français,

Considérant :

Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ;

Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ;

Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ;

Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution ;

Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ;

Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ;

Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins,

Proclame :

Art. 1^{er}. - Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.

Art. 2. - Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.

Art. 3. - Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.

Art. 4. - Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.

Art. 5. - Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

Art. 6. - Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.

Art. 7. - Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

Annexe 3

Liste des personnalités entendues

Madame Sylviane Agacinski, philosophe et professeur à l'Ecole des hautes études en sciences sociales

Madame Fadela Amara, secrétaire d'Etat chargée de la politique de la ville

Monsieur Christian de Boissieu, président-délégué du Conseil d'analyse économique

Madame Christine Boutin, ministre du logement et de la ville

Monsieur Michel Boyon, président du Conseil supérieur de l'audiovisuel

Monsieur Jean-Pierre Changeux, président d'honneur du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé

Monsieur Jean-Paul Delevoye, médiateur de la République

Monsieur Jacques Dermagne, président du Conseil économique et social

Monsieur Luc Ferry, ancien ministre, président-délégué du Conseil d'analyse de la société

Monsieur Alain Finkielkraut, philosophe et écrivain

Monsieur Marcel Gauchet, historien et philosophe, directeur d'études à l'Ecole des hautes études en sciences sociales

Monsieur Alain Grimfeld, président du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé

Monsieur Martin Hirsch, haut commissaire aux solidarités actives contre la pauvreté

Madame Valérie Létard, secrétaire d'Etat chargée de la solidarité auprès du ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité

Madame Christiane Menasseyre, inspecteur général honoraire de philosophie, ancienne doyenne du groupe de philosophie

Monsieur Mohammed Moussaoui, président du Conseil français du culte musulman

Madame Laurence Parisot, présidente du MEDEF

Monsieur Louis Schweitzer, président de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité

Monsieur René Sève, directeur général du Conseil d'analyse stratégique

Madame Malika Sorel, auteur de Le Puzzle de l'immigration

Monsieur Jacques Testart, biologiste et chercheur honoraire à l'INSERM

Monsieur Axel Türk, président de la Commission nationale informatique et libertés

Monseigneur André Vingt-Trois, cardinal, archevêque de Paris et président de la conférence des évêques de France

Madame Marie-Jo Zimmermann, députée de Moselle, présidente de la délégation de l'Assemblée Nationale aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes

Une rencontre entre les membres du comité et **Madame Rachida Dati**, garde des sceaux, ministre de la justice, a eu lieu à la Chancellerie.

Invités à s'exprimer, les représentants des autorités religieuses protestante et juive n'ont pas souhaité donner suite à cette proposition.

—

Annexe 4

Compte-rendu des interventions des personnalités auditionnées

Intervention de Madame Sylviane Agacinski, philosophe et professeur à l'Ecole des hautes études en sciences sociales

11 septembre 2008.

Mesdames, Messieurs,

Votre commission a notamment pour mission de déterminer « les libertés fondamentales » et, selon les mots du président de la République, « le socle de valeurs et de principes qui déterminent l'identité républicaine et qui disent ce que nous sommes et vers quoi nous voulons aller. »

La question est assez grave et assez noble pour qu'on ne puisse s'y dérober, même si, aujourd'hui, je limiterai mon propos à un seul principe : celui de la dignité de la personne et du respect de son corps.

Je ferai néanmoins, au préalable, une remarque rapide sur la diversité.

Je suis persuadée qu'il faut valoriser la diversité de la société dans toutes les sphères de la société et inciter au respect effectif du principe d'égalité. Pour cela, il est utile d'interdire toute discrimination, ainsi que le précise l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de la Communauté européenne. Cependant, si l'incitation à mieux respecter la diversité est souhaitable (comme c'est le cas lorsque des entreprises signent la « charte de la diversité »), il n'est pas souhaitable que des textes constitutionnels distinguent les citoyens de la République en fonction de certaines particularités historiques contingentes (comme une langue, une origine, une croyance religieuse, une orientation sexuelle etc...). La question de la diversité n'est pas identique à celle de la parité. Il était légitime, au moment où la souveraineté nationale était monopolisée, en fait sinon en droit, par un seul des deux sexes, de réclamer que soit respecté l'égal accès des hommes et des femmes aux fonctions électives, parce qu'ils forment, à eux deux, l'ensemble de l'humanité et l'ensemble de n'importe quelle nation. Les droits de l'être humain sont donc nécessairement ceux des hommes et des femmes en fonction d'une dualité anthropologique universelle et non d'une diversité sociale, culturelle, religieuse ou autre.

J'en viens donc au principe de la dignité de la personne et du respect de son corps. Ce principe mériterait, me semble-t-il, de figurer dans la Constitution de notre pays, assorti de l'impossibilité d'attribuer une valeur patrimoniale, autrement dit commerciale, au corps humain, à ses éléments, ses produits et ses fonctions.

Ce principe existe dans le code civil, à l'article 16-1, mais sans que soient mentionnées les fonctions du corps, terme qui permettrait d'inclure la gestation dans l'impossibilité visée par le texte.

La possibilité d'exploiter le corps humain touche précisément celle de savoir « qui nous sommes

et vers quoi nous voulons aller », non pas seulement en tant que citoyens français, mais en tant qu'humanité, même si nous ne pouvons pas imposer ces choix fondamentaux au reste de la planète. Résister, ou non, à la « marchandisation » des corps ne se fera pas en élevant, ici et là, tel ou tel garde-fou, mais en n'approchant pas du précipice que représente l'instrumentalisation de la vie humaine et sa commercialisation.

Or les débats actuels sur la question de la « maternité pour autrui » sont symptomatiques de l'insouciance de l'opinion en ce qui concerne le respect dû au corps.

Il est vrai que la « gestation pour autrui » est explicitement interdite par l'article 16-7, mais la Constitution n'empêche pas, actuellement, de réviser un tel article. On constate que la presse ne cesse de se faire l'écho de revendications bruyantes concernant une possible légalisation de cette pratique dans notre pays et que le Législateur est invité à envisager de graves changements dans ce domaine. Or il s'agirait en l'occurrence de renoncer à des principes fondamentaux qui font partie des fondements d'une civilisation qui, comme la nôtre, a progressé vers le respect de la personne et de son corps. On peut regretter à cet égard que la présidente du groupe de travail du Sénat sur la maternité pour autrui, Madame Michèle André, ait cherché, de son propre aveu, à dégager « un point d'équilibre entre des positions opposées » - ce qui est une façon sûre de renoncer d'avance à quelque valeur ou quelque principe que ce soit.

Or un principe est d'autant plus nécessaire que les utilisations possibles du corps humain sont diverses, parce que les formes de la vie sont diverses. Chacune est unique en son genre : la « gestation » par exemple, dont on ne parlait jamais jadis à propos d'une femme, n'est ni un organe ni un produit. Ce n'est ni une activité intellectuelle ou manuelle (un faire), ni une propriété (un avoir). Jusqu'à présent, l'idée d'utiliser un être vivant pour sa capacité « gestatrice » n'avait concerné que les animaux d'élevage, en aucun cas des êtres humains. Cette nouveauté doit être regardée pour ce qu'elle est : une forme moderne de barbarie.

Terre natale des droits de l'Homme, la France a aujourd'hui une responsabilité particulière dans un monde où s'installent, plus ou moins ouvertement, des formes inédites de barbarie. Si elle veut continuer à défendre ses valeurs fondamentales, elle ne doit pas s'aligner sur des pays moins exigeants en matière d'éthique et de droits de l'homme, ou qui oublient, aveuglés par une illusion de progrès, que la liberté des uns ne doit pas s'exercer au prix du sacrifice de la dignité des autres.

Nous sommes en effet informés du développement de l'exploitation du corps humain dans le monde : nous savons que les organes et les produits du corps deviennent des biens mis sur le marché, comme n'importe quel produit fabriqué. Nous savons que les trafics ou les commerces d'organes humains, en particulier des reins, se sont développés parallèlement au développement des transplantations d'organes (les trafics d'organes se sont notamment répandus en Afrique du Sud, Inde, Turquie, Chine, ailleurs encore...)

Il s'agit là de possibilités nouvelles. Les techniques de transplantations d'organes ont créé une demande d'organes et, lorsque les dons ne suffisent pas et que les greffons manquent, faute de législation très stricte, des marchés s'installent, et ils s'installent d'autant mieux qu'ils sont une source importante de profit pour des intermédiaires sans scrupules.

La France, dans ce domaine, reste heureusement attachée à des procédures de dons qui peuvent sans doute être améliorées mais qui excluent tout échange marchand.

Nos lois s'inspirent du même esprit en ce qui concerne les prélèvements et les transplantations qui interviennent dans la médecine procréative. Mais ces techniques posent des problèmes complètement inédits et risquent d'être soustraites à leur rôle thérapeutique.

En effet, l'assistance médicale à la procréation crée un besoin de matériaux biologiques. Tant que ces techniques restent dans leur cadre thérapeutique initial, celui d'un remède à la stérilité, la demande de matériaux reste en quelque sorte quantitativement limitée par ce cadre. Et quand bien même on manquerait de donneuses d'ovocytes, comme c'est le cas aujourd'hui en France, rien n'empêche d'encourager et de valoriser le don, sans pour autant inciter financièrement des femmes à faire prélever leurs cellules reproductrices. Car le don a une valeur, qui devrait être mieux reconnue, mais non un prix.

Or si la pratique de la gestation pour autrui suscite aujourd'hui autant d'intérêt, c'est qu'elle s'inscrit déjà dans la perspective d'une médecine qui échappe à sa mission thérapeutique pour devenir, comme dans certains pays, un système artificiel de procréation, c'est-à-dire un système de production d'enfants. Et l'existence actuelle ou future d'une telle production ne peut qu'amplifier le désir d'enfant des individus et la souffrance de ne pas en avoir.

De fait, les techniques biomédicales peuvent aujourd'hui fabriquer des embryons en laboratoire, grâce à la fécondation *in vitro*, à partir de gamètes mâles et femelles. Mais ces embryons ne peuvent se développer que s'ils sont implantés dans un utérus, autrement dit dans un corps de femme. Si la visée n'est pas de sauver des vies, ni d'assister la procréation, mais de fournir des bébés à la demande, il est évident que le besoin de fournitures biologiques ne peut guère avoir de limites et, dans un tel système de production, la mère porteuse devient indispensable.

Dans un tel système, un couple, ou même une personne seule, peut commanditer un enfant à partir d'une fécondation *in vitro* à base de cellules collectées dans des banques de sperme et d'ovocytes, puis faire implanter l'embryon ainsi créé dans l'utérus d'une troisième personne servant de mère gestationnelle, simple « sac » nourricier (selon le terme de l'une d'entre elles) destiné à porter l'enfant à terme et à le mettre au monde. Cette vision de la mère porteuse comme « sac » n'est pas seulement insultante pour la personne, elle est aussi erronée médicalement puisqu'elle néglige le rôle des facteurs épigénétiques dans la génération et celui des conditions psychologiques d'une grossesse.

Là où elles existent, ces pratiques séparent complètement la fécondation de la gestation, et permettent par exemple de faire porter à des Indiennes à la peau sombre, les fœtus blancs produits avec des gènes californiens. Il faut souligner ici la « survalorisation de la génétique » de la part de parents intentionnels qui veulent absolument transmettre leurs gènes (ou au moins ceux de l'un d'eux) ou, à défaut, choisir sur catalogue les fournisseurs de gamètes, de préférence avec leur couleur de peau et un bon niveau d'études. Ensuite, on peut tranquillement délocaliser les grossesses. Les mères porteuses indiennes sont très peu payées, entre 2.500 et 13.000 euros, cinq fois moins qu'aux Etats Unis, dans les Etats où la pratique est légale.

Il semble que l'on prenne tout de même conscience, à partir des pratiques existantes, du caractère inhumain des naissances ainsi produites à partir de matériaux et de personnes instrumentalisées, non seulement parce que bien des enfants nés ainsi recherchent désespérément des personnes derrière les manipulations biomédicales (c'est pourquoi la logique

du don anonyme elle-même devra donner lieu à une nouvelle réflexion), mais aussi parce que la tarification d'une fécondation et d'une gestation font apparaître l'enfant lui-même comme une marchandise. Il est en effet évident qu'acheter une gestation revient à acheter un bébé.

Par ailleurs, les fournisseurs anonymes de cellules, et surtout les femmes qui « acceptent » de porter un enfant pour autrui, se trouvent déshumanisées par la scission qu'on leur demande d'opérer entre leur corps et leur personne. Ici, l'instrumentalisation pure du corps humain, traité comme une chose, est solidaire de sa commercialisation.

Après le « travail en miettes », si bien illustré par Charlie Chaplin dans *Les Temps modernes*, c'est un corps humain en miettes que les biotechnologies sont en train de promouvoir, avec le recours presque inévitable au marché.

Déjà, nos voisins espagnols n'hésitent pas, devant ce qu'il est convenu d'appeler « la pénurie d'ovocytes », à proposer 1.000 euros aux femmes qui acceptent qu'on prélève sur elles ces précieuses cellules, selon une procédure physiquement assez lourde (stimulation ovarienne, anesthésie etc...). Quel que soit le nom que l'on donne à cette contrepartie financière (indemnité, dédommagement, compensation), il ne saurait masquer l'ouverture d'un marché qui se développe notamment sur le net : « Je vends mes ovocytes au plus offrant », peut-on y lire, ou encore : « Ventre à louer » (« *Womb for rent* »).

Dans ce contexte, il serait particulièrement naïf d'imaginer qu'un pays puisse autoriser la « gestation pour autrui » tout en la réservant à des cas très limités (les femmes privées d'utérus) ou en prétendant éviter sa rémunération. Il est plus franc de reconnaître, comme le fait Elisabeth Badinter, que, une fois autorisée, la gestation pour autrui deviendrait accessible beaucoup plus largement, par exemple à des couples de personnes du même sexe, et serait forcément rémunérée. Mais croire que l'on pourrait plafonner et unifier les tarifs de façon à ce que les femmes qui sont dans la misère ne soient pas tentées, n'a pas de sens, car on voit mal pourquoi des femmes se résigneraient à ce genre de « travail » si elles n'y étaient pas poussées par le besoin, voire par l'appât du gain. C'est bien ce que prouve la délocalisation des mères porteuses dans les ays pauvres et dans ceux où le chômage des femmes est particulièrement élevée (Inde, Géorgie par exemple).

Finalement, la question des principes et des valeurs qui doit orienter nos choix fondamentaux en la matière est de savoir si le corps d'une personne humaine peut impunément être traité comme une chose, comme un outil au service d'autrui, avec une valeur marchande, ou encore, comme un animal d'élevage dont on utilise les produits (les œufs, le lait, la laine ou la progéniture). Elle est donc aussi celle de savoir s'il suffit qu'une personne consente à être ainsi utilisée ainsi pour que la loi autorise cette utilisation.

On ne saurait en effet confondre l'usage des formes de travail, manuel ou intellectuel, d'une personne, avec l'usage de son corps et de ses produits en tant qu'être vivant.

Trois considérations se confortent ici.

La première concerne l'identité ou l'intimité de la personne avec son corps.

Ce que l'on vend dans le travail social est le produit d'une activité et non pas la substance

charnelle de l'existence physique. L'expérience de la grossesse est de celles qui permettent de vérifier que le corps est la personne, et non un objet organique dont celle-ci pourrait disposer, comme un bien ou une propriété. La gestation peut bien être considérée scientifiquement et médicalement comme une fonction séparée, mais un individu humain, en l'occurrence une femme, ne saurait se rapporter à son corps comme à un stock d'organes. Et c'est bien parce que la grossesse concerne l'ensemble de l'existence personnelle, physique et psychique, que les femmes ont été autorisées à décider elles-mêmes de s'engager ou non dans le processus de l'enfantement et de la mise au monde d'un enfant. A l'inverse, la maternité pour autrui demande aux femmes de servir, pendant neuf mois de leur vie - des mois détachés de leur propre vie privée - de machine à enfanter, en attendant l'incertaine fabrication d'utérus artificiels (on sait d'ailleurs que certains chercheurs ont pensé à faire porter des embryons humains par des animaux).

La seconde concerne la limitation des contrats.

Il existe en France un code du travail très restrictif qui protège les personnes d'un usage abusif du corps humain dans le travail. La durée du travail, et certaines de ses conditions, sont déterminées de façon à ne pas mettre en danger la santé des personnes ou leur dignité. La loi fixe ainsi des limites à la liberté des contrats. Elle laisse certaines choses ou activités hors de tout contrat, de tout échange marchand, comme justement les organes du corps. Le domaine des contrats n'est pas sans aucune limite.

La troisième considération concerne la question de savoir si le consentement d'une personne suffit à permettre l'exploitation de son corps, comme si les conventions ou les contrats liaient entre elles deux libertés également libres.

S'appuyer sur le consentement repose sur l'illusion, naïve ou entretenue, que les acheteurs et les vendeurs sont également libres, ce qui n'est pas le cas.

Pour les femmes très pauvres, en Géorgie ou ailleurs, qui louent leur ventre pendant neuf mois à des couples venus des pays riches, ce commerce n'est pas l'expression d'une liberté ou d'un consentement éclairé mais celle d'une misère. C'est cette misère qui les pousse à accepter un commerce humiliant. Au reste, le consentement d'une victime n'efface pas le caractère délictueux d'un acte. On sait par exemple que l'on n'a pas le droit de faire travailler quelqu'un au mépris de sa sécurité, même si la personne est consentante. Donc, en cette matière comme dans d'autres, le droit ne saurait institutionnaliser ni autoriser des conduites qui portent atteinte à la dignité et à l'intégrité d'autrui.

Pour conclure, disons que la question est de savoir s'il est légitime et s'il doit être légal de demander à un être humain de faire un commerce de ses organes, des produits et des fonctions de son corps, quel que soit le bénéfice que d'autres pourraient tirer de ce commerce.

Il me semble qu'il faut en rester à l'esprit de nos lois et affirmer, dans la Constitution ou son Préambule, que le corps humain ne peut en aucun cas être traité comme une valeur patrimoniale, compte tenu du respect particulier qui lui est dû.

Intervention de Madame Fadela Amara, secrétaire d'Etat chargée de la politique de la ville

11 septembre 2008

Madame la Présidente, chère amie
Monsieur le rapporteur, Monsieur Chauvin
Mesdames et Messieurs, membres du comité de réflexion

Avant toute chose, je souhaite vous remercier, Madame la Présidente, de me faire l'honneur de pouvoir participer à la réflexion de votre comité sur le Préambule de la Constitution.

Depuis mon plus jeune âge, les valeurs de notre République emportent mon adhésion. Pour moi, la République française n'est pas qu'un mode de gouvernance.

Notre République française, c'est bien plus que cela. Elle prône l'émancipation permanente pour tous et s'est donnée comme défi, la liberté et l'égalité pour tous, quelque soit les origines ethniques, sociales et religieuses.

Notre République, c'est ce qui permet aux hommes d'exister pleinement.

Dans son cheminement, la République Française s'est toujours nourrie des difficultés qu'elle a rencontrées.

C'est là où réside sa force, mais aussi sa faiblesse.

Sa force, c'est l'ambition qu'elle a pour ses les citoyens. Et sa faiblesse, c'est qu'elle ne fonctionne pas de la même façon pour tous.

Effectivement, devant notre difficulté à traduire dans les faits ce beau projet de société, certains commencent à douter de la pertinence des valeurs qu'il porte.

Nombreux sont ceux qui, en s'appuyant sur la réalité des inégalités, nous disent que ces valeurs ne sont que des mots, tout juste bons à exister sur les frontons de nos institutions.

Ce discours, je le connais. Ce discours, je l'ai affronté. Et je vois les renoncements qui se nichent derrière ces propos simplistes.

Pour moi, comme pour beaucoup, ces principes-là ne sont pas que des objectifs. Ils sont à la fois Objectifs et Moyens.

Si le principe d'égalité ne se traduit pas dans les faits ici ou là, et je suis bien placée pour le savoir, il faut se saisir de ce principe comme moyen de revendication et de mobilisation des citoyens pour réclamer son application.

C'est ce que j'ai fait quand j'ai été confrontée au sexisme et au racisme dans nos quartiers populaires. Je me suis saisie des principes républicains pour faire comprendre notre devoir

collectif d'aider les filles des cités à s'émanciper et à se soustraire du carcan machiste et de l'idéologie intégriste et victimaire.

Ce sont ces convictions qui m'ont conduite à soutenir pleinement en 2004 la loi sur les signes religieux à l'école.

Dans les combats difficiles que j'ai menés, j'ai revendiqué à la fois l'égalité, la liberté, la fraternité, la mixité et la laïcité. Car pour moi, je savais qu'il ne pouvait y avoir d'égalité sans mixité, de mixité sans laïcité, de laïcité sans liberté.

Tout est lié. Il y a une symbiose à consolider entre les principes de notre République.

Cependant, Mesdames et Messieurs, je suis consciente qu'il faut répondre aux nouvelles exigences de nos concitoyens et affirmer leurs droits et leurs devoirs de vivre en harmonie dans une République métissée.

Je suis consciente qu'il faut nourrir notre projet républicain pour qu'il reste vivant. Mais, je crains que si on touche maladroitement à cet édifice, on risque de le mettre en péril.

D'où ma réticence, voire mon opposition sur certains débats qui sont devenus à la mode, comme la diversité et la discrimination positive.

Ce débat n'est pas nouveau. Il a été sous-jacent à celui sur la parité homme/femme en politique.

Mais, ce débat ne procède pas de la même logique parce que la parité concerne le genre.

Ainsi, il y a des femmes riches comme il y a des femmes pauvres, des femmes noires comme des femmes blanches.

Mais, hélas, ce principe de parité n'a pas eu l'effet escompté pour toutes les femmes, et notamment pour celles qui habitent nos quartiers populaires. Aussi avais-je rappelé à l'époque, avec véhémence quand j'étais Présidente de Ni Putes Ni Soumises que pour les filles des cités, la parité, c'était comme les soldes chez hermès.

La parité a besoin d'être affirmée. La consacrer dans notre loi fondamentale devient une nécessité. Et je souscris à son inscription dans le préambule de notre constitution.

En revanche, en ce qui concerne la diversité, vous connaissez ma position. Comme vous connaissez ma position sur la discrimination positive et son corollaire, les statistiques ethniques. Parce que pour moi, la réalité de Mamadou et de Benoît, de Fatima et de Christine, est la même dans nos quartiers populaires. Faire la distinction entre eux, c'est participer à élargir encore un peu plus le fossé et les renvoyer chacun et chacune à leur origine ethnique et à leur identité respective, et je dirais même comme Amin Maalouf « meurtrière ».

Quel est, en fait, le point commun entre nos compatriotes issus de l'immigration?
Est-ce leur « fait migratoire » ou leur origine respective?

Est-ce leur condition sociale ou leur identité régionale de leur pays d'origine?

Je vous le dis ici : le risque qui est devant nous, est bien une république segmentée, catégorisée et balkanisée, au lieu d'une République de citoyens, certes avec des difficultés mais en marche.

C'est pour cette raison aussi que je suis contre les statistiques ethniques. Car, je sais comme disait l'autre, que la mesure crée la réalité. Et quand certains me disent qu'il vaut mieux une réalité mesurée qu'une réalité fantasmée, je leur dis que la mesure met tout juste en exergue.

Je m'explique. Quand on veut mesurer la délinquance dans telle ou telle catégorie de la population, on ne la réduit pas, mais on prend le risque de justifier sa stigmatisation.

On ne peut pas rester les bras croisés devant les inégalités et l'exclusion d'une partie de la population.

Nos principes républicains nous l'interdisent. Il faut les activer au cœur de nos politiques publiques. Et je m'y atèle dans l'exercice quotidien de ma mission conformément à la volonté du Président de la République et du Premier Ministre.

Mais comme le dit si justement Jean Jaurès « Quand les hommes ne peuvent changer les choses, ils changent les mots ». Pour moi, l'inscription du mot diversité dans le préambule de la constitution est porteur de risques parce que je crains son instrumentalisation.

Et je paraphraserai Victor Hugo en vous disant que « l'introduction du mot diversité dans notre Loi fondamentale peut être une arme ».

Une arme n'est rien par elle-même. Elle n'existe que par la main qui la saisit.

Or quelle est la main qui se saisira de cette introduction ! Là est toute la question.

Mesdames et Messieurs. Je redoute la main des communautaristes. Je redoute la main des intégristes mais je redoute aussi la main de ceux qui croient que notre République n'est qu'un agencement juridique.

C'est pourquoi je vous mets en garde contre l'idée d'introduire la notion même de diversité dans le préambule de notre constitution. Et je vous suggère plutôt d'y introduire l'idée de République métissée.

Pour finir, je terminerai mon propos avec une citation de Clémenceau. « Il faut savoir ce que l'on veut. Quand on le sait, il faut avoir le courage de le dire ; quand on le dit, il faut avoir le courage de le faire ».

Audition de Monsieur Christian de Boissieu, président-délégué du Conseil d'analyse économique.

26 juin 2008

M. de Boissieu observe qu'il existe une augmentation de la revendication de droits économiques et sociaux qui va encore d'accroître dans les prochaines années et qui touche les domaines les plus divers :

- le droit à l'emploi, et ce, même si le taux de chômage a baissé jusqu'à l'été 2008, sans doute parce que celui des jeunes restera élevé, étant relevé que l'alinéa 5 du Préambule de 1946 a placé le "devoir de travailler" avant "le droit d'obtenir un emploi" ;
- le droit à la retraite : le vieillissement de la population va entraîner un problème inter-générationnel et les revendications concernant les retraites ne décroîtront pas, elles non plus ;
- le droit à la santé, qui est affirmé dans le Préambule de 1946 et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dont on peut se demander comment concrètement il sera financé ;
- le droit opposable au logement, qui pose la question de savoir si l'on a intérêt à affirmer des droits qu'on ne peut pas rendre effectifs, sous peine de créer d'énormes frustrations ;
- le droit à l'éducation ;
- les droits liés à l'environnement.

M. de Boissieu relève qu'il existe une demande accrue de transparence de l'information et de réduction des conflits d'intérêt dans la finance contemporaine et il plaide en faveur d'une disposition de ce type dans le Préambule de la Constitution.

Il affirme que toutes les crises financières depuis 2001 (affaire *Enron*) sont liées à l'absence de transparence de l'information et il s'interroge alors sur la façon de conférer au principe de transparence de l'information, ainsi que sur les moyens d'action de nature à éliminer les conflits d'intérêts (l'une des questions soulevées par la crise des *subprimes* est la suivante : "est-il normal que les agences de notation soient payées par les entreprises qu'elles notent ?").

M. de Boissieu se demande ensuite comment répondre à ces revendications sociétales en matière de droits économiques et sociaux.

Il opère une distinction entre les droits inconditionnels et les espérances tendanciennes.

Selon lui, le Préambule de 1946 a donné le sentiment de mettre sur le même plan :

- des droits auxquels on ne peut pas déroger,
- des droits réalisables sous des conditions bien précises, ceux qu'il nomme des "espérances tendanciennes" (droit à l'emploi, droit à la santé...).

Tout ceci ne peut que conduire à des frustrations, dès lors qu'il est dangereux d'inscrire dans une Constitution des droits qui ne peuvent être satisfaits.

Ainsi, le droit à l'emploi n'est-il pas un sujet qui doit être traité par la Constitution, mais qui doit

être réglé par les politiques économiques et sociales, les économistes étant d'ailleurs en désaccord sur la définition du niveau de plein-emploi.

La Constitution espagnole de 1978, dans son chapitre III intitulé "des principes directeurs de la politique sociale et économique", fait preuve, quant à elle, d'un excès de prudence dans sa formulation des droits, ses dispositions étant en effet trop larges et trop générales.

M. de Boissieu indique par ailleurs qu'il faut mener une véritable réflexion sur la définition, puis sur le financement des biens collectifs : ce n'est pas parce qu'un bien est collectif qu'il ne peut pas être financé par le secteur privé.

Concernant les universités, il estime qu'il faudra inévitablement augmenter les frais d'inscription pour ceux qui peuvent payer et, parallèlement, le nombre et le niveau des bourses pour les autres, et il se demande comment éviter que des lois permettant une telle hausse ne soient déclarées contraires à la Constitution.

M. de Boissieu pense qu'il ne faut surtout pas abuser de la notion de droits opposables, au risque de créer des déceptions... et des problèmes budgétaires.

A cet égard, il s'interroge sur la mise en oeuvre du droit au logement opposable introduit en 2007, l'Etat devant, à partir de 2012, compenser financièrement le manque de logements, alors que des contraintes pèsent sur les finances publiques...

Il se déclare hostile à l'inscription des droits opposables dans le Préambule de la Constitution. Il considère qu'il faut trouver un juste équilibre entre l'approche espagnole évoquée précédemment et le Préambule de 1946.

Intervention de Madame Christine Boutin, ministre du logement et de la ville

4 septembre 2008

Madame la Présidente,
Mesdames, Messieurs,

C'est un honneur et un grand plaisir que d'avoir été invitée à m'exprimer devant vous aujourd'hui et je tiens, Madame la Présidente, à vous en remercier.

Tensions et divisions au sein de la société sont devenues visibles : personne ne peut les ignorer. Notre monde, notre pays ont connu de tels bouleversements ces dernières décennies que nous devons nous assurer de la force de notre pacte social. C'est ce à quoi vous a invité le Président de la République. La révision du préambule de notre constitution est de nature à redonner sa cohésion à notre corps social. Je dirai même, dussions nous ne réviser ce préambule qu'à la marge et même, pas du tout ! La réflexion que vous avez entamée il y a quelques mois est incontournable.

Trois grands chantiers sont ouverts : la diversité et la bioéthique mais aussi la parité, sujet qui me semble, non pas avoir été épuisé, mais largement visité à l'occasion de la récente révision constitutionnelle.

A ce vaste champ, le Président a souhaité ajouter d'autres questions, notamment :

- la reconnaissance du principe de dignité de la personne humaine ;
- le respect de la vie privée et la protection des données personnelles ;
- l'ancrage européen de la République.

Compte tenu de mes responsabilités ministérielles mais aussi compte tenu de ma préoccupation, constante depuis 30 ans, des grandes questions de société, je me suis entourée, pour charpenter ma réflexion, de philosophes, de juristes, de psychanalystes, de chercheurs et d'intellectuels les plus divers et du plus haut niveau.

Je suis heureuse d'avoir l'occasion de vous faire part de ce que j'ai retiré de ces passionnants échanges qui ont pris la forme de 5 rencontres depuis le printemps dernier.

Avant que d'aborder chacun des chantiers, quelques remarques préliminaires.

Sur la forme d'abord :

Le préambule est d'abord un texte, c'est-à-dire un ensemble de mots. Or les mots sont devenus équivoques. Et c'est normal ! Dans les périodes de grandes mutations, le sens des mots ne sont plus partagés. Ainsi, par exemple, le concept de dignité, peut être utilisé pour promouvoir des revendications radicalement opposées.

Les rédacteurs devront, par conséquent, être très attentifs au vocable : avec l'exception d'inconstitutionnalité, tout citoyen peut se saisir d'un mot du préambule. Les mots que nous choisirons engageront le sort de nos descendants.

Sur le fond, ensuite :

Le Préambule de notre constitution porte et exprime notre conception commune de l'homme et de la société. Il se doit donc, en ces temps où règne un certain nihilisme, d'envoyer un message d'espérance. Il ne peut être la projection de nos angoisses. Un exemple pour me faire bien comprendre : la question de la fin de vie. Quelles que soient nos convictions personnelles sur ce sujet, il y a une question que les rédacteurs devront se poser, me semble-t-il... jusqu'où un préambule de constitution a-t-il vocation à aménager le tragique ?

Autre question fondamentale : jusqu'où un préambule a-t-il vocation maximiser la liberté ? Marcel Gauchet nous alerte : le risque, c'est la tentation de faire de l'inscription d'un principe, une ouverture à de nouvelles possibilités; quand tout indique qu'il est nécessaire de poser des limites ! Être capable de fixer des interdits, s'auto-limiter, n'est-ce pas ce qui nous structure comme humains ? L'interdit signifie que la société et le droit reprennent le contrôle de notre destin et c'est une bonne chose. Nous devons redécouvrir la valeur positive à l'interdiction.

Ultime remarque, les rédacteurs auront la lourde tâche de se défier du danger de ce qu'il appelle la temporalité totalitaire. C'est le piège d'un préambule qui se voudrait épris d'une post modernité. Nous sommes des femmes et des hommes de notre époque. Nous ne parviendrons pas à être autre chose que cela.

J'en viens aux deux principaux chantiers restant au lendemain de la révision de la constitution : la diversité et le défi de la bioéthique.

EN PREMIER LIEU : DIVERSITE DE LA SOCIETE, UNITE DU CORPS SOCIAL ET EGALITE DES CITOYENS

La diversité ne se décrète pas. Elle se constate : notre société est diverse.

Le Président a bien fait de porter cette question au plus haut niveau car, ministre de la ville, je le ressens chaque jour, nous avons un urgent besoin de lutter contre les discriminations dont sont victimes tous les jeunes Français issus de l'immigration (cf. opération « 10 000 bâtisseurs dans les quartiers ANRU), un urgent besoin d'une grande politique d'intégration.

En outre, comme vous pouvez vous en douter, ce mot diversité évoque aussi pour moi toutes les personnes en marge de la société : handicapés, personnes très âgées, exclus... tous ces membres les plus fragiles du corps social.

Alors devons-nous ou pas inscrire ce mot de diversité dans notre constitution ? Blandine Kriegel qui vous aura certainement fait part de ses propositions, résume bien le débat : notre problème est-il de changer la loi ou de l'appliquer ?

Pour avoir sondé bien des esprits éminents sur la question, je dois vous dire que c'est un sujet sur lequel, j'ai rencontré des réticences. Je suis moi-même dans l'embarras.

On peut faire à notre préambule le reproche d'être fondé sur un universalisme abstrait, mais n'est-ce pas le rôle d'une constitution de réaffirmer ce qui est commun, ce qui détermine cette chose commune, la res publica ? Proclamer que « l'autre est mon semblable », n'est-ce pas situer toujours déjà la diversité et la différence dans le champ d'une humanité et d'une nationalité partagées donc antérieures aux individus eux-mêmes ? Je suis sûr sur ce sujet fatalement empreinte - pour le meilleur ou pour le pire, diront certains - d'une tradition qui attache une importance fondamentale à l'unité du genre humain.

Je comprends les préventions des philosophes et des juristes lorsqu'ils me disent que le nouvel homme issu de ces droits de l'homme « incluant la notion de diversité » n'aurait plus rien à voir avec son ancêtre de 1789. Les nouveaux droits ainsi consacrés dénatureraient, à bien des égards, les libertés fondamentales de la première génération.

Je relève enfin que le motif qui a provoqué la discrimination positive, aux Etats-Unis, c'est l'esclavage, puis la ségrégation. La situation française n'est pas comparable...

Difficultés supplémentaires : comment distinguer les différentes catégories qui mériteraient de bénéficier de nouvelles politiques d'intégration ? Comment les distinguer sans commettre de nouvelles injustices ? Est-ce que la révision du préambule ne va pas ouvrir la voie à la promotion d'autres formes de diversité auxquelles nous ne songeons absolument pas aujourd'hui et que nous ne chercherons surtout pas à promouvoir demain ?

Je saisis donc toute la richesse mais aussi l'immense complexité de cette question.

REPONDRE AU DEFI DE LA BIOETHIQUE

Le Président veut que « notre constitution soit en avance sur notre temps et non pas en retard, et comme ce fut si souvent le cas jadis, et que la France, patrie des droits de l'homme, montre la voie à tous les hommes ».

Il a pris acte, et il a eu raison de le faire, que nous étions désormais confrontés à des questions qu'aucun constituant n'avait eu à régler à ce jour, des questions inédites, des questions auxquelles nous serons, que nous le voulions ou non, condamnés à répondre. C'est pourquoi j'accueille avec beaucoup d'enthousiasme ce chantier. D'autant que je considère avec le professeur Bertrand Mathieu qu'il est pour le moins paradoxal que la Constitution contienne des principes propres à la protection de l'environnement et reste muette sur la protection de l'humain.

Je m'arrêterai si vous le voulez bien sur l'expression même défi de la bioéthique.

Défi ? Les différents sens de ce mot connotent tous un danger ou un obstacle à surmonter. Répondre à un défi peut donc signifier trouver les moyens constitutionnels permettant de se protéger des maux que pourraient occasionner tel ou tel développement des sciences et technologies du vivant.

Là encore, tout dépend du cadre que l'on se donne pour comprendre ce que signifie « protéger » et de savoir « de quoi » nous devons nous protéger. C'est souvent au nom des plus belles « valeurs » que l'on « encadre » des pratiques déshumanisantes.

Il y a deux jour Didier Sicard évoquait devant moi le cas d'une mère qui a demandé le prélèvement de sperme sur son fils mort de 21 ans afin de pouvoir mener à bien la conception d'un petit-fils en recourant à une mère porteuse... Voilà les questions qui se profilent.

Ce simple exemple nous enseigne que l'enjeu bioéthique, c'est celui du refus de la candeur.

La science est une chose magnifique. Je refuse d'ailleurs qu'on ne l'aborde que sous l'angle de ses impuissances, de ses péchés et de ses dangers. Aux côté du « principe de précaution », nous devons demain, préserver une place au « principe de progrès ». Mais, je dis dans le même temps : attention à la science sans conscience !

Certaines techniques peuvent permettre un bien lorsqu'elles répondent aux souffrances de couples infertiles. Mais l'usage de ces mêmes techniques engage des conséquences terribles où se trouvent les mécanismes de domination de l'humain et les réflexes les plus archaïques. On ne peut pas accepter de se laisser séduire, en toute circonstance, par la photo d'un bébé joufflu. J'affirme que ce qui est en jeu, c'est donc bien la capacité que nous aurons à nous auto-limiter dans le domaine de la recherche scientifique et de ses applications médicales. Nous devons à tout prix éviter ce que Monette Vacquin appellerait « une nouvelle barbarie adossée à la technique ».

Ainsi donc, deux mots, deux principes me semblent pertinents en perspective d'une révision de notre préambule.

D'abord, le principe de responsabilité qui permettrait, selon moi, de répondre au défi bioéthique. Il a le mérite chez des philosophes comme Hans Jonas d'impliquer le devoir pour toute politique de prendre en compte l'avenir de l'espèce humaine. Celle-ci doit être respectée dans son intégrité aussi bien physique que morale.

Plus important encore, je pense au terme dignité, d'emploi plus délicat, comme je le disais au début de mon propos.

Chez les romains, la dignité correspondait à l'idée d'accéder à une fonction élevée ; ce n'est qu'après la 2nde Guerre Mondiale que ce mot a été appliqué à la nature humaine. L'introduction de la dignité dans le préambule semble faire l'objet d'un consensus. A bien y regarder, l'accord n'existe pas. Chacun appréhende ce concept de manière différente.

Pour le Conseil constitutionnel, la dignité entre parfois dans un calcul, une pesée entre plusieurs droits, qui la relativise. Or, dans son sens subjectif, la dignité donne à l'individu un pouvoir qui peut se retourner contre lui-même. Pareille dignité ne protège pas. Pareille dignité peut même être impitoyable. J'indique au passage que cette fameuse position du Conseil constitutionnel est contraire notamment à la DUDH, qui fait du principe de dignité un principe indérogeable.

La dignité n'est pas un concept juridique. La dignité c'est tout le droit. La dignité, c'est selon la splendide expression du professeur Muriel Fabre-Magnan « indémontrable, indérogeable et indiscutable ». S'il y a une phrase à inscrire dans notre préambule, elle ne pourrait être, selon moi, que la suivante: le principe de la dignité humaine est indérogeable.

Ce principe de dignité est le rempart contre l'instrumentalisation de la personne. Les liens étroits entre la science et certains intérêts économiques doivent nous inciter à la prudence afin que la personne ne soit pas au service de la technique et de la recherche. Une recherche véritablement performante et éthique est possible ainsi que le montre les découvertes sur les cellules souches adultes et, surtout, sur les cellules souches de sang de cordon.

Affirmer la dignité de la personne humaine, c'est protéger l'humanité dans son ensemble. Si la Constitution et la loi françaises permettent à la science de s'affranchir du principe de dignité, elles portent atteinte à l'humanité dans son ensemble. A l'inverse, la promotion d'une éthique médicale exigeante dans le préambule de la Constitution peut être un message répondant au souhait du Président de la République de s'adresser à l'ensemble de l'humanité ; c'est un message véritablement universel car il touche à la personne humaine où qu'elle se trouve.

S'il était retenu, seul ou avec d'autres principes, le principe de dignité pourrait, en outre, donner lieu à d'autres développements dans la Constitution, par exemple en ce qui concerne la lutte contre la pauvreté. Cette consécration serait ainsi en cohérence avec la reconnaissance des droits sociaux par le Préambule de 1946.

Madame la Présidente,
Mesdames, Messieurs,

Pour conclure, je reviendrai sur l'une de mes remarques introductives : notre préambule se doit d'envoyer un message d'espérance. Son but n'est pas de gérer nos angoisses. Kant a défini la dignité en disant que la vie n'a pas de prix. Aujourd'hui ce qui peut nous rassembler c'est justement de redire une phrase très simple : toute vie humaine mérite d'être vécue.

Je vous remercie de votre attention.

Audition de Monsieur Michel Boyon, président du Conseil supérieur de l'audiovisuel

19 juin 2008

M. Boyon a d'abord rappelé les principes de droit applicables au pluralisme dans l'audiovisuel.

Après avoir détaillé la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il en a relevé trois points saillants :

- la liberté de communication n'est pas que le droit pour un éditeur de diffuser, mais également le droit pour le public de choisir librement entre les médias existants, lesquels doivent donc être indépendants,
- une obligation de transparence financière, complément indispensable du pluralisme, pèse sur les éditeurs, afin de pouvoir contrôler la diversité des opérateurs économiques présents,
- les décisions du Conseil constitutionnel ont inspiré le juge administratif, qui contrôle les décisions du CSA.

M. Boyon a ensuite exposé que le pluralisme recouvre deux notions :

- le pluralisme *externe*, qui doit se traduire par une diversité effective des opérateurs,
- le pluralisme *interne*, qui doit se concrétiser par la présentation d'une diversité de points de vue au sein des programmes diffusés.

S'agissant du pluralisme *externe*, la loi pose une obligation de pluralisme dans les programmes, mais elle ne définit pas le pluralisme et ne détermine pas des critères opératoires pour quantifier et suivre les pratiques des opérateurs. En pratique, le législateur et le pouvoir réglementaire ont délégué au CSA le soin de définir les critères nécessaires pour contrôler la présence ou l'absence de pluralisme.

Lors de sa création en 1989, le CSA a adopté la règle des trois tiers en matière de temps de parole des personnalités politiques : un tiers pour le gouvernement, un tiers pour la majorité parlementaire, un tiers pour l'opposition parlementaire. En 2000, il a adopté le "principe de référence" : ont été ajoutés à la répartition initiale, selon une règle d'équité, les partis qui ne sont pas représentés au Parlement et, ultérieurement, ceux des partis qui ne se reconnaissent ni dans la majorité ni dans l'opposition.

Une telle référence est très précieuse pour les éditeurs, pour la classe politique et pour les observateurs.

L'existence d'un tel principe n'est pas fréquent : seuls le Portugal, la Roumanie et l'Italie ont, avec la France, instauré une règle qui définit des normes quantitatives. Dans les autres pays, on se borne à rappeler en termes généraux les principes d'impartialité, de diversité, d'objectivité ou d'équilibre. Cette pratique découle de l'idée, du moins dans les régimes démocratiques (Angleterre, Etats-Unis...), que l'autorégulation ou la déontologie des journalistes suffit à assurer le respect du pluralisme.

M. Boyon a précisé que le CSA est, non pas un juge, mais une autorité de régulation, qui cherche toujours à faire respecter le pluralisme en amont, par la discussion permanente avec les

opérateurs.

En dehors des périodes électorales, le CSA vérifie les temps d'antenne sur des cycles (des "trimestres glissants"), le gouvernement s'exprimant davantage que l'opposition suivant les périodes et vice-versa.

L'article 13 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit que le CSA transmet aux présidents de l'Assemblée nationale, du Sénat et aux partis politiques les chiffres de temps de parole. Depuis juillet 2007, ces chiffres sont disponibles sur le site Internet du CSA.

Si les propos du Président de la République ne sont pas comptabilisés dans le principe de référence, son temps de parole, ainsi que celui de ses collaborateurs, sont également mis en ligne sur ce site.

Le temps de parole des éditorialistes n'est pas comptabilisé.

Le CSA s'assure également que les chaînes donnent la parole aux principaux partis et syndicats dans les émissions d'expression directe.

Le CSA réfléchit à l'évolution du principe de référence, qui pourrait prendre en compte les conséquences du passage au quinquennat.

Les médias ont des difficultés à faire respecter le temps de parole de la majorité parlementaire, préférant interroger les membres du Gouvernement. S'agissant des députés, les personnalités interrogées sont très peu diversifiées : il s'agit principalement du président de l'Assemblée nationale, du président du groupe UMP et du président du groupe socialiste.

Parmi les pistes évoquées lors des consultations menées par le Conseil avec les rédactions et les partis politiques, il a notamment été proposé de créer deux blocs : un bloc composé des oppositions et un bloc composé de l'exécutif et de la majorité parlementaire, avec, par exemple, l'introduction de seuils.

Le principe de référence est respecté : entre le 1^{er} janvier 2000 et le 15 mai 2007, sur TF1, France 2, France 3 l'opposition a bénéficié de 39 % du temps de parole ouvert aux formations politiques, ce qui représente davantage que l'application du principe de référence ; depuis le 15 mai 2007, l'opposition a obtenu, en moyenne, 34 % du temps de parole.

Pendant les périodes électorales, l'article 16 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit que le CSA adresse des "recommandations" aux éditeurs, terme peu évocateur, car, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de le préciser en 1986, ces recommandations revêtent un caractère obligatoire à l'égard des chaînes de télévision et de radio.

En fonction des élections concernées, quelques mois avant celles-ci, le CSA demande aux opérateurs de respecter un principe d'équité, critère certes moins contraignant, qui permet au CSA et aux chaînes de s'adapter à la réalité.

L'équité correspond à la représentativité des différentes composantes politiques, laquelle s'apprécie à l'aune des résultats des élections passées et récentes, puis en fonction de la

dynamique de campagne.

Le CSA est libre de fixer la date à partir de laquelle s'appliquent ces recommandations, en pratique toujours avant le début de la campagne officielle.

Pendant la campagne présidentielle, le CSA applique des critères renforcés. Lors de la dernière campagne, la période d'équité a débuté le 1^{er} janvier 2007.

Lorsque le Conseil constitutionnel publie la liste des candidats admis à se présenter, s'ouvre une période marquée par l'égalité des temps de parole.

Cette période est souvent mal vécue par les chaînes, car il est difficile pour elles de concilier égalité des temps de parole et multiplicité des candidats. Un allègement des règles pourrait être décidé, car celles-ci s'avèrent contre-productives à l'égard des chaînes et des rédactions, surtout au cours de périodes très longues.

La France est le seul pays dans lequel, sur la base des dispositions adoptées par le CSA, tous les candidats ont un accès garanti aux médias dans des conditions d'équité très fortes avant le début de la campagne officielle et dans des conditions d'égalité absolue lors de la dernière partie de la campagne. Ce système, qui est très protecteur et qui fonctionne dans des conditions satisfaisantes, est rigoureusement à l'opposé du système américain.

Pendant la campagne de l'élection présidentielle, le CSA contrôle chacun des spots, afin que l'égalité des moyens de production et du contenu soit totalement respectée.

M. Boyon s'est également interrogé sur le respect du pluralisme politique dans les médias audiovisuels présents sur internet. En effet, la directive européenne SMA (Services de médias audiovisuels), que doit transposer la loi de modernisation de l'audiovisuel, prévoit la régulation de la vidéo à la demande et de la télévision de rattrapage, posant pour le Conseil la question des règles de pluralisme politique à appliquer à ces nouveaux supports.

S'agissant du pluralisme *interne*, pour l'attribution de fréquences de télévision et de radio, le CSA lance d'abord un appel à candidatures, examine ensuite la recevabilité des demandes, procède enfin à des auditions publiques, lorsqu'il s'agit de télévision, avant d'opérer une sélection.

Les critères de sélection sont les suivants : outre le critère culturel (intérêt des programmes), il existe des critères répondant aux obligations du pluralisme, comme le seuil de concentration (dans la zone concernée, le candidat ne doit pas être déjà titulaire de plusieurs autorisations) ou la protection de l'enfance.

M. Boyon a évoqué ensuite le contrôle de la concentration des entreprises audiovisuelles

La loi de 1986 contient un dispositif assez précis pour éviter une concentration excessive des médias. D'ailleurs, la première mouture de la loi avait été partiellement censurée par le Conseil constitutionnel au motif qu'elle ne prévoyait pas un dispositif suffisant pour lutter contre une concentration excessive ; lorsque, deux mois plus tard, le législateur est de nouveau intervenu, il a transcrit la décision du Conseil constitutionnel.

Lorsque le Conseil attribue une nouvelle autorisation, il veille au respect des seuils de

concentration mono-média et pluri-médias. Lorsqu'une concentration dans le domaine de l'audiovisuel est examinée par le Conseil de la concurrence, celui-ci saisit le CSA pour avis ; de même lorsqu'il examine une pratique anticoncurrentielle dans ce domaine. Le CSA peut aussi saisir le Conseil de la concurrence.

Les règles de concentration mono et pluri-média qu'applique le Conseil ont évolué, non dans leur principe, mais dans certains aspects, notamment pour tenir compte de l'arrivée du numérique ; celui-ci multipliant les possibilités de recevoir la radio et la télévision, il a été nécessaire d'adapter le dispositif anti-concentration à cette situation, ce qui a notamment été réalisé en 2000.

En conclusion, M. Boyon a relevé que deux positions sont concevables quant à l'inscription dans le Préambule de la Constitution du pluralisme des médias :

En conclusion, M. Boyon a relevé que deux positions sont concevables quant à l'inscription dans le Préambule de la Constitution du pluralisme des médias :

- 1) ne pas l'inscrire, en s'en tenant au corpus juridique parfaitement clair du Conseil constitutionnel et au système basé sur ce corpus, lequel fonctionne relativement bien ;
- 2) considérer que, le pluralisme étant devenu aujourd'hui une exigence forte de la société, il faut consacrer cette exigence dans le Préambule.

M. Boyon a jugé que ce n'était pas au CSA d'arbitrer entre ces deux positions.

Il a estimé toutefois que, si un principe devait être énoncé dans notre loi fondamentale, la plus grande liberté devrait être laissée au CSA dans la fixation des règles, dont la grande vertu est de pouvoir s'adapter avec souplesse et facilité aux évolutions de la vie politique.

Intervention Monsieur Jean-Pierre Changeux, président d'honneur du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé

26 juin 2008

Je tiens à remercier Madame la Présidente Simone Veil, Monsieur Pascal Chauvin et les membres du Comité de réflexion pour leur invitation à partager leur réflexion sur le Préambule de la Constitution qui, selon les termes de Nicolas Sarkozy, détermine « principes et valeurs qui définissent l'identité républicaine »... Préambule qui se fonde sur la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946, textes que l'on ne saurait « affaiblir » et « et qui sont de portée universelle ».

Le Président de la République relève que « les enjeux ont évolué » et que « notre société s'est profondément transformée ». Il précise, en particulier : « Doit-on permettre au législateur de mieux garantir l'accès des femmes et des hommes aux responsabilités... » ? Y a-t-il des principes directeurs sur lesquels il conviendrait de fonder, au-delà de l'évolution des techniques, notre approche des problèmes liés à la bioéthique », tels que « reconnaissance du principe de dignité de la personne humaine, le respect de la vie privée et la protection des données personnelles » ? Sa lettre fait également mention : de la « diversité de la société française et du pluralisme des courants d'expression et des médias », enfin, de la « Charte de l'environnement de 2004 ».

Je ne sais les raisons qui justifient de ma présence devant vous, mais en préambule, il me paraît souhaitable, pour mieux cerner ma position sur ces sujets, de vous faire part de mon expérience personnelle.

1. Je suis chercheur, depuis près de 40 ans à l'Institut Pasteur, institution dont la mission est d'allier recherche fondamentale et application médicale dans un objectif de solidarité et de coopération à l'échelle de la planète, « pour le bien de l'humanité » selon les termes de Louis Pasteur.

2. Je suis biologiste moléculaire et neurobiologiste.

- élève de Jacques Monod, j'ai travaillé sur les mécanismes moléculaires de base intervenant dans la régulation cellulaire et dans les mécanismes de communications entre cellules nerveuses et

- m'efforce sur ces bases fondamentales de « reconstruire » les fonctions de notre cerveau, ses capacités de représentations, l'organisation de ces représentations en raisonnement et leur accès à la conscience, prenant en compte, à la fois,

le pouvoir des gènes qui déterminent « l'universalité » de la nature humaine depuis les origines de l'Homo sapiens - il n'y a que quelques 200.000 ans...

et l'empreinte des environnements : physique, mais aussi des environnements social et culturel que les sociétés humaines et, donc, le cerveau des hommes, ont construit au fil des millénaires.

3. J'ai été Président du Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) de 1992 à 1998, prenant la succession du regretté Jean Bernard, fondateur de la bioéthique en France et dans le monde, Enfin, j'ai toujours essayé de mettre en harmonie mon expérience de chercheur et ma réflexion éthique.

Cela vous fera comprendre ma position, qui n'est en aucune manière idéologique, et qui se trouve fondée :

1. sur l'évolutionnisme,
2. sur la neuroscience,

3. sur un humanisme laïc dont la visée est, pour reprendre les termes de Paul Ricoeur : « La vie bonne, avec et pour les autres, au sein d'institutions justes ».

Je tenterai de défendre devant vous trois points relatifs aux questions posées par le Président de la République :

1. Il me semble d'abord, essentiel, de réaffirmer les grands principes républicains, magnifiquement résumés par les trois mots : LIBERTÉ, ÉGALITÉ, FRATERNITÉ, sans avoir nécessairement à formuler de nouveaux principes de base, dont la généralité sera moindre et la redéfinition caduque ; je serai plutôt pour une simplification du texte avec le minimum d'additions nécessaires.

2. Il me paraît, par contre, utile de revenir sur un principe inclus dans la « Charte de l'environnement » et dont je ne partage pas le contenu : « le principe de précaution ».

3. Je souhaiterais, enfin, clore mon intervention par une proposition, initialement suggérée par l'Abbé Grégoire le 4 Août 1789 devant la jeune Assemblée Nationale, d'une déclaration des devoirs, idée reprise récemment par le Professeur Rita Lévi-Montalcini (Magna Carta of Human Duties de Trieste). Même si cette suggestion n'agréée pas à la commission elle peut conduire à une meilleure distinction entre « droits » et « devoirs » devrait permettre de préciser certains alinéas du préambule de la Constitution de 1946.

I. REAFFIRMER LES GRANDS PRINCIPES REPUBLICAINS DE LIBERTE, EGALITE, FRATERNITE

Préambule de 1946.

Je suggèrerais un Alinéa n° 1 simplifié et complété : « Le peuple français réaffirme solennellement les droits et libertés de tout être humain consacrés par la déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République de liberté, d'égalité et de fraternité ».

Je ne conserverais pas du texte initial :

- « distinction de race, de religion ou de croyance » ainsi que la référence au mot « sacré », tous difficiles à définir dans le contexte scientifique et philosophique contemporain,

- ni, pour les mêmes raisons l'alinéa n° 16 ou on retrouve « race/religion ».

Alinéa n° 18 simplifié, pourrait se réduire à :

« la France...garantit à tous l'accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus », puisqu'il paraît difficile de conserver du texte de 1946 les références à l'Union Française et aux peuples d'Outre-Mer (alinéas 16 et 17). Mais, cela n'est pas directement de ma compétence.

Avant, de réexaminer les notions fondatrices de liberté, d'égalité et de fraternité, je rappellerai cette mise en garde de Jean Bernard en 1987 et dont je partage le contenu:

« Les lois réglant la bioéthique doivent être très peu nombreuses, la science va plus vite que l'homme... les progrès de la biologie sont si rapides qu'une loi nouvelle risque, à peine promulguée, d'être périmée ».

L'expérience récente sur les lois de bioéthique en a montré le bien fondé...lorsque j'étais président du CCNE il a fallu près de 8 ans entre un avis du CCNE, le débat parlementaire (qui en altérait souvent le contenu), les décrets d'application et leur mise en œuvre...avec pour bilan des retards regrettables pour la recherche médicale en France et beaucoup de vains débats. Comme l'écrivait Jean Bernard en 1987 « il y a nécessité d'une constante adaptation (de la réflexion éthique) aux progrès de la biologie et de la médecine » et tout récemment encore avant sa disparition « Ces lois (de bioéthique) sont absurdes » (Journal du Dimanche 23 Février 2003).

La prudence s'impose si l'on veut faire référence aux questions de bioéthique dans la rédaction du Préambule.

LIBERTÉ

1. Diversité et pluralité des opinions.

Comme je l'ai dit, les mots « races, religions, croyances, sacré » et même « genre ou sexe » me paraissent difficiles à définir sur le plan scientifique et philosophique.

Le texte de 1789, article 10 et 11 utilise un terme que je préfère : opinion.

10- « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi »

11- « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ».

Pour ma part, je serai favorable à la reprise de ces textes tels qu'ils ont été initialement écrits dans la déclaration de 1789.

* Axel Kahn vous convaincra que la notion de « race » n'a pas de fondement scientifique et défendra l'idée d'une « unité » de l'espèce humaine Homo sapiens fondée sur celle de son génome.

* Par contre, j'insisterai sur l'empreinte épigénétique, souvent très peu réversible, laissée par l'environnement physique, social et culturel dans lequel le nouveau-né se développe. N'oublions pas que le cerveau du nouveau-né s'accroît 5 fois en masse de la naissance à l'état adulte et que sa connectivité – 10^{15} - 10^{16} synapses - double après la naissance. De cette « empreinte » épigénétique, chaque individu ne peut être tenu pour responsable, que cela concerne la langue, les systèmes symboliques familiaux, les règles de conduite et les codes moraux. Certes, à cette empreinte profonde et peu réversible, se superpose la capacité de choix délibéré engendrée par notre espace neuronal conscient. Cela me conduit à insister sur le fait que cette diversité doit être respectée certes dans la mesure où comme la Déclaration de 1789 le stipule « elle ne trouble pas l'ordre public ».

* A ce propos, je voudrais revenir à un des acquis fondamentaux des Lumières, repris dans le préambule de l'Encyclopédie et inspiré de Francis Bacon, et sur lequel il me paraît essentiel de reprendre de nos jours :

la notion d'Unité de la connaissance

qui place la notion de diversité sur le plan de la singularité de l'histoire génétique et épigénétique de chaque individu, comme de celle des groupes sociaux et des cultures qui vont laisser leur empreinte dans l'évolution cérébrale de chaque enfant, de chaque personne.

Ce trait fondamental de la constitution de chaque individu, me conduit à réaffirmer la notion de laïcité qui est le mieux à même de respecter cette diversité :

selon moi, l'identité républicaine se fonde sur la notion de laïcité,

qui en constitue le principe unificateur,

ma proposition est d'introduire le concept de laïcité dans le Préambule sans attendre l'article premier de la Constitution.

2. Le respect de la diversité individuelle,

Les aspects « contingents » de la diversité « génétique et épigénétique » de chaque individu, font que celui-ci ne peut en être tenu pour directement responsable et cela m'amène à préciser cet aspect fondamental du principe républicain de liberté.

Cela me conduit à réaffirmer :

le respect de l'autonomie de la personne et

de ses capacités décisionnelles,

de sa vie privée ainsi que

la protection des données personnelles
auxquelles les progrès de la connaissance scientifique sur l'homme donnent désormais accès.
Ces termes pourraient éventuellement être introduits dans le préambule - en lieu et place du concept quelque peu « valise » et dont l'usage me paraît souvent trop abstrait de « dignité de la personne » - car ils s'accompagnent, dans le cadre de la recherche biomédicale, d'une notion nouvelle, issue des Lois de Nuremberg :

le consentement libre et éclairé

Consentement qui fait qu'une personne ne peut par exemple être utilisée pour l'expérimentation que si elle en accepte les conditions préalables, qui ne peuvent porter atteinte à ses intérêts, en l'occurrence sa vie même, consentement libre mais aussi éclairé. Le caractère « éclairé » du consentement soulève de redoutables difficultés. En particulier, du fait qu'il s'agit souvent d'informer le patient d'un contenu scientifique aux frontières de ses connaissances alors qu'il peut être vulnérable et éprouvé dans ses dispositions mentales.

Peut-on suggérer d'introduire la notion de consentement libre et éclairé dans le préambule ? Je vous laisse juges.

ÉGALITÉ

Il s'agit là d'un principe important à réaffirmer et pour moi à réintroduire sous sa forme initiale.

Article 1^{er} « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits »,

précisé par l'article 6 :

« Tous les citoyens sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et leurs talents »

ce qui présuppose une diversité de leurs « capacités » et de leurs « talents », dont, selon moi, la détermination est tant génétique qu'épigénétique.

Trois implications de ces articles :

1. égalité en droits, en dépit de différences individuelles, qui implique une « égalité des chances » en particulier pour l'accès aux « places et emplois », je préciserai ici, privés comme publics,
2. égal et libre accès à l'éducation, article 13, je remplacerai le terme « instruction » par éducation qui inclut non seulement l'acquisition des connaissances mais aussi la formation au raisonnement, à la réflexion et, à ce que j'appelle, j'y reviendrai, à la responsabilité citoyenne.
3. enfin, j'ajouterais égal et libre accès aux connaissances scientifiques et technologiques, en France comme dans le monde, compte tenu des :
 - . inégalités géographiques, pays en voie de développement,
 - . compétition industrielle, multinationale,
 - . accès aux soins, dans le cas de la recherche biomédicale et pharmaceutique etc...

Peut-être qu'une réflexion plus développée pourrait en quelque mots prendre en compte les questions liées à la mondialisation des développements technologiques et industriels.

FRATERNITÉ

Il s'agit là d'un des trois grands principes républicains les plus oubliés de nos jours. J'y reviendrai dans ma troisième partie.

Je soulignerai à ce stade ses implications dans le cadre de la recherche médicale,

« droit de ceux qui souffrent à voir la collectivité entreprendre les recherches les plus efficaces possibles pour lutter contre leurs maux » George David (Conseil d'Etat, 1999), qui, selon moi, devient un devoir de recherche de nos sociétés, avec le corrélat que, pour Jean Bernard, comme pour moi, la réflexion éthique doit « favoriser, aider, ne jamais retarder le développement de la Connaissance » (1983).

II. LE PRINCIPE DE « RESPONSABILITE »

Ce principe contraste avec le « principe de précaution » inclus dans la Charte de l'environnement. Il ne s'agit pas de revenir, bien au contraire, sur l'article 1^{er} qui stipule

« chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ».

Mais d'en favoriser une application aussi rapide et rigoureuse que possible .

« Le principe de précaution impose, même en l'absence de risques avérés, de définir des mesures immédiates de protection de l'environnement ».

Je conteste l'usage de la notion « même en l'absence de risques avérés » appliqué à la recherche médicale, ce principe aurait pour conséquences immédiates d'interférer avec la pratique des soins et, surtout, les progrès de la recherche et le développement de nouvelles méthodes de thérapeutiques et de diagnostic.

Selon moi, « le devoir de recherche » et « le devoir d'essai », la découverte et la mise à l'épreuve d'un nouveau traitement, avec comme corrélat immédiat :

la définition d'un bilan risque-avantage.

Pour Jean Bernard, et je partage son point de vue, « il appartient aux hommes de science de prendre conscience de leurs responsabilités, ce qu'ils ont longtemps refusé de faire » et de les engager à les assumer. C'est à dire de leur demander de contribuer eux-mêmes et directement, en citoyens responsables, à évaluer les risques que comporte leur recherche au lieu et place de s'abstenir de poursuivre leur recherche « par précaution ». Je demande donc de substituer au terme « précaution » les mots « responsabilité devant les risques » accompagné de l'« évaluation objective des risques et des bénéfices » afin que le législateur et le pouvoir politique puissent en tirer les conséquences pratiques.

III. POUR UNE DECLARATION DES DEVOIRS

L'Assemblée nationale constituante de 1789 a rejeté la proposition de l'Abbé Grégoire d'une Déclaration des Devoirs (pour des raisons que je ne discuterai pas ici). Mais, l'idée a été reprise par le Professeur Rita Lévi-Montalcini, Prix Nobel de Médecine, avec sa

Magna Carta dei Doveri dell'Umanita,

lancée à Trieste en 1998, et s'intéressant essentiellement au

futur de l'humanité et à son évolution

dans un monde de plus en plus artificiel, modifié et construit par l'homme...

ce qui implique des « obligations » de solidarité à long terme,

en plus de l'exercice de droits.

Grégoire proposait déjà que « les droits et les devoirs sont corrélatifs » et qu'il est « essentiel de faire une déclaration des devoirs pour retenir les hommes dans la limite de leurs droits ; on est toujours porté à les exercer avec empire, toujours prêt à les étendre ; et les devoirs, on les néglige, on les méconnaît on les oublie... Il faut établir un équilibre »...

Pour Pufendorff, les devoirs que la « Loi Naturelle » impose à l'homme se réduisent à trois classes générales (1756) :

« ceux qui regardent Dieu »

(avec Spinoza, je remplacerai Dieu par la Nature)

« ceux qui se rapportent à nous-mêmes »

« ceux qui concernent les autres hommes »

au XXI^e siècle, on pourrait retenir les devoirs suivants :

1. vis-à-vis de nous-mêmes,
2. vis-à-vis des autres hommes,
3. vis-à-vis de notre environnement physique, social et culturel,

et qui s'accompagnent de l'obligation civique, de construire un monde futur qui assure une évolution harmonieuse de la nature, de la société et de l'homme.

Cela inclut bien entendu :

1. l'environnement physique et naturel - C'est le but de la Charte de l'environnement déjà mentionnée,

2. l'environnement culturel - rapport célèbre de Grégoire sur le « Vandalisme » du 14 Fructidor de l'an 2 (1794) où Grégoire s'insurge contre les destructions des bibliothèques et des œuvres d'art, et demande le respect de ces « monuments » qui « contribuent à la splendeur d'une nation et ajoutent à sa prépondérance politique ».

« Les barbares et les esclaves détestent les sciences et détruisent les monuments des arts, les hommes libres les aiment et les conservent ».

Grégoire introduit le concept de patrimoine culturel et les devoirs que tout « bon citoyen » a de le protéger. Je plaide pour la mention de la protection du patrimoine culturel au même titre que de l'environnement naturel.

3. les ressources naturelles en énergie, en aliments, en espèces biologiques... alinéas 7, 8 et 9 de la déclaration de Trieste,

non seulement dans leur gestion, en particulier lorsqu'elles sont limitées et donc épuisables,

mais encore dans leur distribution équitable -

énergie et alimentation - à travers la planète,

4. la « qualité de vie »

« misère, faim, maladie, sous-emploi, planning familial et régulation de la population mondiale »... alinéas 5 et 6 de la déclaration de Trieste, ce qui va avec l'accès équitable – déjà mentionné - aux savoirs scientifiques et de leurs applications technologiques et industrielles,

Ces réflexions conduisent à une rédaction plus générale et au renforcement de l'article 12 du Préambule de 1946

« solidarité et égalité de tous les français devant les charges qui résultent des « calamités nationales » le mot « calamité nationale » étant pour moi beaucoup trop imprécis et le contenu de l'article insuffisant.

5. l'éducation

évidemment le plus important de tous pour le neurobiologiste que je suis puisqu'il s'agit de s'intéresser au cerveau des futurs citoyens de notre planète et d'en faire des hommes responsables.

6. la recherche scientifique et médicale

devoir de soins, devoir de recherche, de développement des acquis de la science... pour le « bien de l'humanité » avec ce « culte de l'esprit critique » cher à Louis Pasteur.

En conclusion, comme je l'écrivais récemment, « Nous devons penser l'éthique du futur dans un monde de plus en plus artificiel et rechercher un équilibre harmonieux entre ce que nous sommes et ce que nous serons amenés à être dans l'avenir ».

Comme l'écrivait le peintre Paul Signac :

« L'âge d'or n'est pas dans le passé, il est dans l'avenir »

(« Au temps d'harmonie » peinture pour la mairie de Montreuil).

La nouvelle présentation du préambule de la constitution doit nous préparer à cet avenir.

Audition de Monsieur Jean-Paul Delevoye, médiateur de la République

19 juin 2008

M. Delevoye pense qu'il pourrait être utile, ne serait-ce que sur le plan symbolique, d'insérer dans le Préambule une formule selon laquelle "la République française reconnaît les droits et libertés figurant dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 et en assure la garantie effective, conformément aux indications résultant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme".

De même, il considère que, dans le Préambule, il pourrait être opportun de mentionner la Charte sociale européenne et de renvoyer à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'intérêt de faire référence à la Charte tient à ce qu'il s'agit d'un texte récent qui traduit bien la sensibilité contemporaine en matière de droits et libertés (droit à l'intégrité de la personne, protection des données à caractère personnel, intégration des personnes handicapées...).

Une telle consécration des conventions internationales dans le Préambule de la Constitution permettrait d'inscrire dans le droit positif deux droits nouveaux, particulièrement importants : le droit à un procès équitable et le droit à une bonne administration.

1) le droit à un procès équitable

Ce droit inclut :

- le principe du contradictoire,
- la notion d'impartialité,
- la notion d'indépendance,
- la notion de délai raisonnable.

Aujourd'hui, aucune disposition formelle de la Constitution de 1958 ou de son Préambule ne garantit explicitement les droits de la défense.

C'est donc par le biais des principes généraux du droit et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République que ces principes ont une valeur reconnue en droit interne.

2) le droit à une bonne administration

L'objectif visé est de protéger les citoyens contre les effets secondaires négatifs du droit, en particulier ses incohérences ou la complexité des lois et règlements voire leurs changements trop fréquents, sources d'insécurité juridique.

Afin de présenter une meilleure qualité, les lois doivent être compréhensibles, prévisibles et normatives, et doivent porter sur le domaine de compétence du législateur.

Aujourd'hui, aucune disposition formelle de la Constitution du 4 octobre 1958 ne garantit explicitement la sécurité juridique et la bonne administration. Là encore, c'est par le biais d'un principe général du droit que le principe de sécurité juridique a été reconnu en droit interne.

S'agissant du Défenseur des droits des citoyens, qui devrait être introduit prochainement dans la Constitution, M. Delevoye juge la notion réductrice, en ce que, en évoquant les "citoyens", elle

exclut les personnes de nationalité étrangère qui s'estimeraient lésées par le fonctionnement d'un service public français, ainsi que tous les organismes chargés d'une mission de service public, alors que les dispositions législatives régissant actuellement le Médiateur de la République prévoient que "toute personne physique ou morale" peut solliciter l'intervention de celui-ci, de sorte qu'aucune condition de nationalité ou de capacité juridique n'est aujourd'hui requise. Le terme de "citoyens" pourrait donc être attentatoire aux droits de l'homme.

En outre, il serait utile de charger le Défenseur des droits de veiller à une meilleure prise en compte par les pouvoirs publics de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en exerçant un suivi et un contrôle de l'effectivité des mesures prises par la France pour se conformer aux décisions de la Cour.

Audition de Monsieur Jacques Dermagne, président du Conseil économique et social

26 juin 2008

M. Dermagne s'interroge sur la notion incontournable de société civile et indique qu'elle a finalement été adoptée par défaut ; il rappelle qu'en octobre 1999, M. Jacques Delors avait exprimé le besoin de donner une définition de la société civile organisée.

M. Dermagne estime que, corollaire de la société civile, la représentativité devrait être constitutionnalisée ; les syndicats ont été créés en 1884 et on s'interroge depuis longtemps maintenant sur la question de leur représentativité ; la représentativité des acteurs de la société devrait devenir un principe constitutionnel.

M. Dermagne expose qu'en très peu de temps le nombre de pays disposant d'un Conseil économique et social est passé de 15 à 75 : alors que la Chine, le Brésil et la Russie en ont créé un à l'image de la France ou de l'ONU, seuls les pays anglo-saxons y sont encore réfractaires.

Concernant la transformation du Conseil économique et social en Conseil économique, social et environnemental, M. Dermagne s'interroge sur l'impression d'exclusion des autres grandes préoccupations tels les domaines culturels ou scientifiques que cette évolution pourrait donner.

Audition de Monsieur Luc Ferry, ancien ministre, président-délégué du Conseil d'analyse de la société

19 juin 2008

Membre du Comité Balladur, M. Luc Ferry rappelle que ce comité avait, à la quasi-unanimité de ses membres, estimé qu'il n'était pas opportun de réviser le Préambule de la Constitution, qui est un texte équilibré. Il fait valoir à cet égard que l'inscription des droits sociaux en 1946 n'a pas fait baisser le taux de chômage.

Son exposé porte essentiellement sur la discrimination positive, sur le principe de dignité et sur les langues régionales.

A. La discrimination positive et les inégalités.

M. Ferry relève la confusion faite fréquemment dans le débat public entre :

- une idée juste : faire plus pour ceux qui ont moins (à titre d'exemple : les ZEP),
- l'affirmative action au sens strict, qui consiste à réserver des postes à certaines "catégories" et qui existe déjà en France :

- * dans la loi sur le handicap, une excellente initiative qu'il faut développer,

- * dans la loi sur la parité, à laquelle M. Ferry était, dès l'origine, défavorable et qui a eu, selon lui, peu d'effets sur la représentation à l'Assemblée Nationale.

M. Ferry s'étonne que ce soit au moment où les Etats-Unis remettent en cause la discrimination positive (qui a, selon lui, détruit leurs universités) que la France s'y intéresse. Ayant enseigné aux Etats-Unis, il considère que la discrimination positive a produit des effets catastrophiques dans ce pays.

Comme Mmes Evelyne Pisier, Elisabeth Badinter et Catherine Kinzler, M. Ferry est défavorable à l'action positive pratiquée au nom de la parité hommes-femmes.

Pour M. Ferry, la vraie question qui se pose est celle de savoir comment faire baisser les inégalités ; il estime qu'il ne s'agit pas là d'une question d'ordre constitutionnel ou juridique, mais de nature politique ; il ne serait pas opposé à la voie constitutionnelle si celle-ci était efficace, ce qui, selon lui, n'est pas le cas.

Il considère que, si la France ne réussit pas à bien intégrer ses enfants, ce n'est pas parce que les principes républicains ne sont pas efficaces, mais parce que ces principes ne sont pas appliqués.

Faisant référence à l'ouvrage "les ghettos de la République" d'André Gérin, maire de Vénissieux, il estime que l'immigration a été mal pensée et mal organisée dans les années 1970 et que des ghettos américains ont été créés dans un cadre républicain.

Pour pouvoir baisser les inégalités, il serait vital, selon lui, de reconstruire intégralement la voie professionnelle en France, non pas par l'apprentissage dès 14 ans, mais par l'alternance dès cet âge. Il plaide pour le développement de filières d'excellence dans la voie professionnelle, par exemple en développant le nombre de lycées de métiers.

Il pense à d'autres mesures, mais est convaincu que le fait d'introduire des modifications dans notre loi fondamentale ne résoudra rien en matière de discriminations et d'inégalités.

Parmi ces autres mesures, M. Ferry évoque la possibilité d'offrir une deuxième chance, et ce dans plusieurs domaines :

- après une maladie grave,
- après la perte d'emploi,
- après un accident,
- après une incarcération,
- ou encore après un premier échec scolaire, étant rappelé que 160 000 jeunes sortent chaque année du système scolaire sans diplôme ou presque (40 000 d'entre eux seulement ont le brevet).

En matière d'inégalités hommes-femmes, M. Ferry ne serait pas opposé à un moratoire ou à l'idée d'une constitutionnalisation de l'expérimentation.

En revanche, il se déclare farouchement hostile à toute discrimination positive permanente en faveur des femmes : pour lui, la seule discrimination positive acceptable est celle qui a été mise en œuvre en faveur des handicapés, dont le handicap est permanent.

Il explique la représentation moindre des femmes aux postes élevés de la société par le fait que, pour elles, la vie privée l'emporte sur la vie professionnelle, un mouvement qui gagne également les hommes depuis quelques années.

Il considère néanmoins que la situation des femmes a davantage changé en 50 ans qu'en 500 ans, de sorte qu'on leur vole leur victoire en mettant en œuvre la discrimination positive à leur bénéfice.

B. Le principe de dignité.

Pour M. Ferry, il existe deux conceptions, deux grandes philosophies de la dignité :

- l'utilitarisme anglais et américain, qui considère que c'est le fait pour l'homme d'être capable d'éprouver du plaisir, de la peine ou de la souffrance qui lui confère sa dignité,
- la conception républicaine française et allemande, qui estime que la dignité consiste en la capacité de l'homme à s'arracher à tous les communautarismes ; c'est le fait pour l'être humain d'être respecté en dehors de toute communauté sexuelle, raciale...

A partir de là, M. Ferry s'interroge : comment constitutionnaliser un parti pris idéologique ?

C. Les langues régionales.

M. Ferry exprime son inquiétude à ce sujet et se demande comment chacun ne pourrait ne pas l'être.

Pour lui, le risque est grand d'encourager les parents, notamment en milieu rural, à enfermer leurs enfants dans des langues inutiles, alors que les élites continueront d'apprendre l'anglais et l'allemand.

Audition de Monsieur Marcel Gauchet, historien et philosophe, directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales

3 juillet 2008

M. Marcel Gauchet montre son scepticisme à l'égard de la réforme du Préambule de la Constitution.

Le Président de la République a constaté que la France a profondément changé :

- notre sens de l'égalité s'est renouvelé de l'intérieur en bouleversant les termes de la condition féminine et enfantine,
- la possibilité de nouvelles techniques (intervention sur le vivant) ouvre des questions inédites de choix et de limites,
- l'installation de communautés d'immigrés oblige à reconsidérer la place de l'hétérogénéité dans notre vie sociale.

Par rapport à ces changements, la question est double :

- 1) ces transformations entraînent-elles des changements d'égale ampleur dans nos principes politiques de base et dans nos valeurs fondamentales ?
- 2) l'inscription, dans le Préambule de la Constitution, des conséquences tirées de ces transformations dans les règles de fonctionnement social est-elle de nature à rendre l'exercice des valeurs plus efficace ?

Pour M. Gauchet, la réponse aux deux questions est négative.

Selon lui, on assiste, soit au développement de principes déjà présents, soit à l'application de principes éprouvés.

Ainsi, l'égalité hommes-femmes ajoute-t-elle à notre sens de l'égalité, mais n'a en rien modifié l'idée d'égalité sur le fond.

Les problèmes d'application sont certes complexes, mais ils ne sont pas nouveaux quant au fond des valeurs qui sont les nôtres : ainsi, si les questions bioéthiques ont aiguë notre sens de la dignité humaine, osera-t-on dire pour autant que l'on a inventé la dignité humaine ?

Il en est de même pour la relativité - qui n'a rien à voir avec le relativisme - et l'importance des cultures.

Selon M. Gauchet, nous ne faisons que voir descendre dans la vie sociale les acquis de la connaissance anthropologique, qui représentent une des grandes conquêtes du XXe siècle.

La discorde aujourd'hui est certes réelle, mais porte infiniment davantage sur les applications, les implications et les conséquences des principes que sur les principes eux-mêmes. Le consensus sur les principes fondateurs est grand, c'est sur leur application qu'une "guerre" a lieu.

Autrement dit, il existe un monothéisme des valeurs (on avance les mêmes principes, il n'y a pas de discorde), mais il existe un polythéisme des jugements (sur la manière d'appliquer les valeurs et les principes, la bataille fait rage). Ainsi, le véritable enjeu concerne-t-il la manière d'appliquer

ces principes sur lesquels nous sommes fondamentalement en accord. L'accord est tel sur les principes fondateurs que les discordes sur les conséquences à en tirer sont dramatiques. Les citoyens considèrent d'ailleurs que les décisions sont arbitraires.

En réalité, les principes et les valeurs sont revisités à la lumière des transformations sociales. Leur consécration n'est toutefois pas de nature à renforcer le texte constitutionnel et à assurer leur effectivité. En outre, l'état actuel des textes ne fait obstacle à l'inscription des principes et des valeurs dans la réalité.

M. Gauchet ne nie pas les effets à court terme des règles de parité ou de discrimination positive. Mais il estime que ces effets à court terme ne doivent pas être confondus avec l'inscription en profondeur dans la vie sociale de la règle d'égalité ou de celle de non-discrimination.

Pour lui, le recours au droit, d'essence contentieuse, est l'ennemi du droit au sens des règles qui font consensus : le droit n'a pas réponse à tout.

Il a été dit qu'on ne changeait pas la société par décret : M. Gauchet pense qu'on ne change pas la société par la Constitution.

Ainsi, ne voit-il pas en quoi l'inscription de la dignité dans le Préambule de la Constitution permettra de résoudre les dilemmes bioéthiques, cela parce que le désaccord ne porte pas sur les valeurs et les principes, mais sur les conséquences à en tirer.

En revanche, il craint que des dispositifs circonstanciels et des mesures d'opportunité (parité, discrimination positive...), qui seront assez vite périmés, viennent parasiter un texte constitutionnel qui est là pour incarner la stabilité politique au milieu des mutations de notre société.

Selon lui, ce ne sont pas les outils politiques disponibles par ailleurs qui font défaut pour réaliser les changements souhaités par les citoyens ; si l'on ne disposait que de la Constitution pour agir, on pourrait réfléchir à une telle modification, mais ce n'est pas le cas.

M. Gauchet relève que les Français ont eu des difficultés à trouver une stabilité constitutionnelle, que nous vivons une phase exceptionnelle de notre histoire à cet égard et que nous n'aurions rien à gagner si un régime de changement permanent DANS la Constitution venait se substituer à notre régime antérieur de changement permanent DE la Constitution : il ne pourrait en résulter qu'un affaiblissement de la hiérarchie des normes, une conquête de ces 50 dernières années dont on ne parle pas assez.

M. Gauchet considère que ce qui a le plus changé dans la société française depuis 50 ans, c'est la réconciliation des Français avec la démocratie, car, si ceux-ci ont inventé la démocratie sur le continent européen, chacun sait qu'ils ont eu la plus grande peine à s'en accommoder en pratique.

Il pense que le constituant, le politique et le juge, tous unis, doivent les encourager dans cette inclination récente et certainement fragile.

M. Gauchet ne se montre pas hostile à des dispositifs circonstanciels à condition qu'ils concernent des principes fondamentaux : ces exceptions doivent toutefois être constitutionnellement définies dans le cadre précis des principes qu'elles transgressent.

Intervention de Monsieur Alain Grimfeld, président du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé

5 juin 2008

Première interrogation : pourquoi vouloir introduire la Bioéthique, à côté d'autres nouvelles composantes de notre société moderne, dans le préambule de la Constitution Française ?

Il existe une volonté forte de la part du Président de la République pour que « sur des problèmes philosophiques, moraux, éthiques posés par la modernité, notre Constitution soit en avance sur notre temps et non pas en retard », « Y a-t-il des principes directeurs sur lesquels il conviendrait de fonder, au-delà de l'évolution technique notre approche des problèmes liés à la bioéthique ? », « ... par exemple la reconnaissance du principe de la dignité humaine ».

Le souhait est donc, concernant la bioéthique, l'inscription dans le Préambule de notre Constitution d'un texte venant s'ajouter à celui de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946.

Certains redoutent que cette modification, à côté d'autres projetées, n'altère de fait la portée universelle de ces textes auxquels est venue s'ajouter la Charte de l'Environnement en 2004. Pour ceux là les progrès de la connaissance et les évolutions sociétales n'ont pas atteint un niveau tel qu'ils puissent justifier d'actualiser en quelque sorte cette universalité.

Cependant vu au travers du prisme de la biologie, l'être humain, dans sa conception ontologique, n'a plus la même forme qu'en 1946, et a fortiori qu'en 1789. Sont dorénavant en question

- les « omics » (génomique, protéomique, métabolomique ,...),
- les PMA,
- l'utilisation des embryons,
- la gestation pour autrui,
- ...

Toutes ces situations font que les Droits de l'être humain du XXIème siècle ont considérablement changé de nature, et ne peuvent plus tout à fait être comparés à ceux qu'on lui avait attribués au siècle des lumières puis au XXème siècle. Il est licite qu'on veuille dans ces conditions leur construire un autre cadre.

Deuxième question : si finalement les arguments l'emportent pour inscrire la bioéthique dans le préambule de la Constitution, quelle forme lui donner ?

L'énoncé de principes généraux, qui devront être pris en compte lors de l'élaboration de chaque loi, ce qui est plutôt la vocation des textes constitutionnels. Dans ce cadre, émerge une notion dominante, celle de la primauté de l'homme et sa protection face aux progrès de la connaissance en matière de sciences de la vie et de la santé. Cela apparaît dans un texte publié par le CCNE en 1987 : Recherche biomédicale et respect de la personne.

L'homme peut ici être considéré en tant qu'individu d'une espèce :

- soit comme être humain, résultante exclusive de composantes biologiques multiples et complexes, autonome,

- soit comme personne humaine, résultante d'interactions entre ses caractéristiques biologiques et ses relations avec les autres individus
Les systèmes de protection peuvent sensiblement différer selon que l'on privilégie le premier dans une attitude plutôt utilisatrice, ou le second où apparaîtra la notion de préservation de la dignité, en soi et face aux autres.

L'homme peut aussi être considéré en tant que partie du monde vivant :

- indissociable de son environnement, et dépendant pour partie de lui dans le cours de son existence,
- intégré dans la biodiversité, à côté de la flore et de la faune.

L'autre possibilité d'intégration de la bioéthique dans le préambule de la Constitution peut être la réglementation de certaines pratiques. Il s'agit là plutôt d'un exercice devant conduire à l'élaboration de textes de loi. Notamment :

- pour l'individu adulte ou en développement :
 - * l'indisponibilité du corps humain,
 - * la non-patrimonialité du corps humain, le don d'organe et l'anonymat,
 - * le consentement libre et éclairé,
 - * la non-discrimination au regard des caractéristiques génétiques qui pourrait apparaître, de manière un peu triviale, comme une actualisation de certains des droits déjà consignés dans le préambule de la Constitution),
 - * ...
- au stade de la conception et de la maturation :
 - * les dons d'ovocytes,
 - * la procréation médicalement assistée,
 - * les diagnostics préimplantatoire et prénatal,
 - * les recherches sur l'embryon,
 - * la gestation pour autrui,
 - * ...
 - * pouvant ouvrir sur le clonage thérapeutique (besoin de matériau humain pour progresser),
 - * et sur la sélection génétique.

En fait tous ces sujets feront partie des débats menés lors de la révision des lois de bioéthique, et doivent plutôt demeurer à cette place-là.

Finalement, il paraîtrait plus opportun à l'intérieur d'un texte situant la bioéthique dans le préambule de la Constitution que soient inscrits des principes généraux directeurs, et que ceux-ci comportent :

- au centre des préoccupations, le respect premier dû à la vie humaine et la protection de l'homme face aux recherches en sciences médicales et sciences de la vie, notamment en termes de relation médecin-malade et de consentement,
- la prise en compte d'emblée du droit de l'enfant, au cours d'une démarche de droit à l'enfant,
- la préservation des êtres et des personnes, en tant qu'individus de l'espèce humaine, dans sa spécificité particulière, mais aussi dans le cadre de la préservation de la biodiversité, dont doivent être évités l'érosion, le déséquilibre et la perte d'harmonie.

Audition de Monsieur Martin Hirsch, haut commissaire aux solidarités actives contre la

pauvreté

3 juillet 2008

M. Hirsch indique vouloir aborder quelques points dont il ne sait s'ils doivent avoir une traduction dans le Préambule de la Constitution, mais qui, selon lui, n'ont pas encore trouvé de point d'ancrage suffisant.

A. Le mode de représentation collective des exclus

Lorsqu'on lit le Préambule, ainsi qu'un certain nombre d'autres textes, on s'aperçoit que sont reconnus le droit syndical, le droit de grève et, plus généralement, le droit d'action de celles et ceux qui ont déjà accès au monde du travail.

En revanche, le mode de représentation collective des plus pauvres et des exclus est insuffisamment assuré. Il ne s'opère d'ailleurs pas spontanément et représente une "sorte de vide" dans le fonctionnement de notre démocratie.

Ainsi, voici cinq ans, les lois régissant le RMI, qui concernent 1,2 million de ménages en France, ont été modifiées de façon très substantielle et ont prévues notamment la décentralisation du RMI ; au même moment, la gestion des personnels des collèges, les ATOS, qui représentent 100 000 personnes, a été décentralisée ; or on a assisté à un grand mouvement de protestation autour des ATOS, alors que rien ne s'est passé du côté des allocataires du RMI. Il a été très frappant de constater l'absence de représentation collective des allocataires du RMI, qui pouvaient être des interlocuteurs des pouvoirs publics au moment où une réforme d'une importance fondamentale les concernant était mise en oeuvre.

De la même façon, à propos du pouvoir d'achat, il existe à l'heure actuelle un débat sur l'indexation d'un certain nombre de prestations et notamment sur la revalorisation du SMIC, mais aucun débat sur le montant du RMI.

Ceci signifie que notre histoire juridique et sociale pousse à privilégier un certain mode de représentation au détriment d'autres. Dans ces conditions, la question se pose de savoir s'il ne serait pas utile de prévoir un ancrage des droits des exclus dans un texte fondamental.

B. Les discriminations

Lorsqu'on a un objectif de réduction de la pauvreté, la population que l'on cherche à atteindre doit être ciblée. Mais actuellement, il n'existe aucuns moyens en ce sens, hormis les statistiques, ce qui pose la question des coûts.

Sans entrer dans une politique de discrimination positive, il faut traiter la question d'une manière ou d'une autre, à défaut de quoi, on méconnaît un certain nombre d'inégalités.

C. Le principe d'égalité

Au cours de ces dernières années, la manière dont le principe d'égalité (tant entre les hommes qu'entre les territoires) a été affirmé, traduit dans la loi, interprété par la jurisprudence et appliqué s'est finalement retourné contre son objectif. Ainsi, au nom du principe d'égalité, on a imposé

une sorte d'uniformité sur un certain nombre de prestations, qui passent de ce fait à côté de leur objectif.

Lorsqu'on veut savoir si une politique sociale nouvelle va être efficace ou pas, il peut être intéressant de la tester sur une partie de la population, un peu comme en matière d'essais cliniques.

C'est de cette façon que de nombreux pays réforment leurs systèmes sociaux. Aux Etats-Unis en particulier, qu'il s'agisse du soutien scolaire ou encore des prestations sociales, des programmes extrêmement développés permettent, pendant une période transitoire, de tester un programme sur un échantillon de la population.

Ce test de l'efficacité des politiques publiques est absolument indispensable.

Ce genre de programme se heurterait probablement à l'interprétation faite en France du principe d'égalité. Mais on risque alors d'aboutir soit à une absence de réformes, soit à des réformes inefficaces ou mal ciblées.

Il faut conserver ce qu'il y a de bon dans le principe d'égalité, mais sans que celui-ci fasse obstacle à ce type de programme.

D. L'alinéa 11 du Préambule de 1946 et le rapport travail - solidarité

Quels droits fondamentaux rajouter au Préambule de 1946 ? En réalité, quelle que soit l'affirmation des droits fondamentaux, celle-ci demeure une fin en soi mais ne donne pas la garantie de leur réel contenu.

L'alinéa 11 du Préambule de 1946 a été repris dans l'article 1^{er} de la loi du 1er décembre 1988 ayant créé le RMI. Ce dernier texte pourrait être modifié et ainsi formulé : *“S'il y a un revenu, il garantit à toute personne, quelle soit ou non en capacité de travailler, de disposer d'un revenu minimum et de voir ses ressources augmenter quand les revenus qu'elles tirent de son travail s'accroissent.”*

Ce serait un signal induisant une autre conception de la combinaison entre travail et solidarité.

E. Les évolutions du modèle social français

Il existe trois degrés de réponses :

1) un revenu minimum, mais pas de perte d'argent en cas de reprise d'un travail.

Dans le modèle français et également dans le modèle européen, on tend vers une combinaison du principe d'un revenu minimum (droit objectif à un revenu, sans dépendre d'une aide sociale ou d'une aide privée qui serait facultative) avec celui d'une reprise du travail sans perte d'argent. Il s'agit là d'un changement important par rapport aux idées en vigueur voici vingt ans.

2) le refus en France de la notion de handicap social.

Un certain nombre de personnes, non pas en raison d'un handicap physique ou mental, mais en vertu de leur situation sociale, ont bénéficié d'un statut, ont été “cotorépisées”, ce qui a constitué un moyen de les dispenser de la logique des droits et devoirs, prétendument pour leur bien, mais dans des conditions qui se retournent finalement contre elles.

3) combiner barèmes uniques et actions sur mesure.

Il faut à la fois, d'une part, avoir la capacité de définir de manière objective les conditions de revenus en mixant travail et solidarité, selon des barèmes qui soient identiques sur l'ensemble du territoire et qui soient déterminés de manière démocratique par la loi, d'autre part, avoir les capacités d'édicter des politiques spécifiques.

A l'heure actuelle, nos politiques publiques sont incapables de répondre à des situations de pauvreté ou de détresse sociale correspondant à des situations d'enchevêtrement de difficultés de tous ordres.

Des politiques sociales trop codifiées ne savent pas répondre aux trois-quarts des problèmes des personnes concernées.

Il faut par conséquent prévoir en faveur des pauvres à la fois des mécanismes de redistribution fiscale, à l'instar de ceux qui existent pour les couches les plus aisées, et des mécanismes de soutien, outre des aides qui puissent être attribuées sur des critères suffisamment souples pour tenir compte de la situation réelle des personnes.

F. Pour une application des principes figurant dans les textes fondamentaux.

La question n'est pas tant de rajouter des droits fondamentaux, mais plutôt de mettre en place des mesures permettant de rendre ces droits effectifs.

Ainsi, lorsqu'on parle de l'égalité devant les charges publiques, il existe un double paradoxe : malgré ce principe, les plus pauvres peuvent être taxés à 100 %, alors que les plus riches peuvent être protégés à 50 % ; au regard du débat sur les niches fiscales et sociales, l'égalité envisagée dispositif par dispositif ne parvient pas à une égalité réelle.

Intervention de Madame Valérie Létard, secrétaire d'Etat chargée de la solidarité auprès du ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité

12 juin 2008

Madame la Présidente,
Monsieur le Président de l'Assemblée Nationale
Monsieur le Rapporteur,
Mesdames, Messieurs,

Je tiens tout d'abord à vous remercier de m'auditionner ce matin dans le cadre de la mission que vous a confiée le Président de la République pour étudier dans quelle mesure les droits fondamentaux reconnus par la Constitution et inscrits dans le Préambule doivent être complétés afin de garantir l'égalité de l'homme et de la femme, d'assurer le respect de la diversité et de rendre possible de véritables politiques d'intégration. En raison de mes attributions, mon propos portera essentiellement sur les questions liées à l'égalité hommes-femmes, mais j'évoquerai également brièvement la thématique du respect de la diversité dans la mesure où elle concerne également la situation des personnes handicapées.

1. En ce qui concerne l'égalité entre les femmes et les hommes, tout d'abord, je voudrais dire que compte tenu de ce que vous représentez pour la cause des femmes, madame Simone Veil, je me réjouis que le Président de la République se soit adressé à vous pour conduire cette mission.

Si l'égalité est désormais acquise en droit dans notre pays et si de nombreux progrès sont constatés, elle ne s'est pas encore totalement concrétisée dans les faits. J'en ai pris largement la mesure depuis mon entrée en fonction.

Ce constat, nous pouvons le faire dans le domaine de l'égalité professionnelle, dans la trop faible promotion des femmes aux postes de responsabilité et dans la trop faible diversité des métiers qui leur sont destinés. On constate aussi cette absence d'égalité en observant les conditions de travail et notamment le fait que 80 % des personnes qui occupent un emploi à temps partiel subi sont des femmes.

La situation des femmes en matière de violence est également dramatique puisque une femme meurt sous les coups de son conjoint tous les 3 jours environ. J'ai donc lancé un plan de lutte contre les violences faites aux femmes en novembre dernier pour tenter de mettre fin à ce fléau. Si cet aspect est un peu plus éloigné de votre mission, je tenais néanmoins à le signaler parce que nous ne pouvons nous dégager d'une vision globale de la situation de la femme quand nous cherchons à la faire progresser.

Finalement, le seul domaine où la cause des femmes a pu progresser significativement est le secteur politique. Nous avons tous en mémoire cette étape essentielle qui a pu enfin être franchie dans la modernisation de notre vie politique il y a bientôt 10 ans. Le 28 juin 1999 en effet, le Parlement, réuni en Congrès, adoptait la révision constitutionnelle consacrant le principe d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. A partir de là, plusieurs lois ont pu être promulguées :

La loi du 6 juin 2000 impose la parité dans les scrutins de liste et prévoit une sanction financière pour les législatives au scrutin majoritaire uninominal.

La loi du 11 avril 2003 conforte la règle de parité pour les élections régionales et européennes.

La loi du 31 janvier 2007 impose la parité dans les exécutifs des conseils municipaux et alourdit les sanctions financières pour les législatives.

Enfin, la récente loi du 26 février 2008 rend pleinement effective l'institution du ticket paritaire et permet au suppléant d'un conseiller général démissionnaire de remplacer ce dernier en situation de cumul avec un mandat de député ou de sénateur. Cette nouvelle mesure apporte une pierre supplémentaire à notre édifice.

Incontestablement, nous disposons d'un ensemble de textes qui permettent de progresser.

Toutefois, les progrès sont lents puisque, pour ne prendre qu'un exemple, l'Assemblée Nationale ne comprend encore que 18,5 % de femmes, ce qui place la France au 58ème rang mondial et au 18ème rang dans l'Europe à 27. Certaines pratiques permettant de contourner la loi me paraissent également devoir être condamnées : que penser en effet de la multitude de listes de candidatures aux sénatoriales conduites par des hommes qui étaient jusque là n° 2, 3 ou 4 des listes et qui ne peuvent plus être que n° 3, 5 ou 7 et donc non éligibles pour laisser la place aux femmes ?

Dans le domaine économique et social, la situation des femmes est encore plus défavorable. La part des femmes dans les postes de décision est très inférieure à celle des hommes.

Majoritaire dans la population, en situation de quasi parité dans la population active occupée, les femmes sont minoritaires (28 %) parmi les entrepreneurs et le demeurent au sein des nouvelles générations de créateurs d'entreprises (31 %). Ces femmes sont davantage diplômées que les hommes entrepreneurs, plus jeunes. Leurs entreprises, relevant très majoritairement du tertiaire, sont plus petites et moins pérennes.

Moins nombreuses à la tête des sociétés que les entreprises individuelles, elles les dirigent rarement seules et le partage des fonctions est rarement en leur faveur.

Malgré la croissance de l'activité féminine et la progression du niveau d'éducation des femmes qui a rejoint, voire dépassé, celui des hommes, des inégalités persistent entre hommes et femmes sur le marché du travail.

Quelques chiffres méritent d'être cités pour mesurer les écarts de situation que l'on continue de constater dans le monde professionnel :

- Les femmes n'occupent que 7,6 % des sièges des conseils d'administration
- Leur part dans les comités d'entreprise n'est en moyenne que de 35 %
- Leur part dans les conseils de prud'hommes est inférieure à 25% et leur progression est très inégale selon les sections. Les plus masculines restent l'industrie et l'encadrement.
- Le taux de féminisation dans les emplois de direction de la haute fonction publique est seulement de 13,8%

Ces exemples montrent combien le « plafond de verre » auquel se heurtent les femmes est difficile à briser.

L'égalité entre les sexes est acquise en droit, au regard de nos textes fondamentaux, mais elle n'est pas assurée dans les faits.

Comment parvenir à une véritable égalité de fait ? C'est sur cette question que je souhaitais formuler quelques propositions à votre commission.

La volonté affirmée du Président de la République de compléter le Préambule de la Constitution par des dispositions permettant de « garantir l'égalité de l'homme et de la femme » nous ouvre de nouvelles perspectives pour l'accès des femmes aux responsabilités dans tous les domaines.

Dans le cadre des débats sur la réforme des institutions, la députée, Madame Zimmermann, Présidente de la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale a fait adopter un

amendement inscrivant dans le projet de loi constitutionnelle, à l'article 34 de la Constitution, l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales.

On ne peut qu'adhérer au principe de l'égalité professionnelle entre femmes et hommes sur lequel le Gouvernement ne cesse de se mobiliser. Cependant, votre comité, a été mandaté par le Président de la République pour réfléchir notamment à l'inclusion du principe à caractère universel de l'égal accès aux responsabilités professionnelles et je souhaiterais insister sur le fait que ce principe me tient également à cœur.

La discussion va se poursuivre au Sénat. Je ne sais si cette disposition va être maintenue, mais je dois dire qu'à titre personnel, j'y suis favorable. En fonction des suites qui seront réservées à votre propre rapport, Madame la Présidente, je me rangerais volontiers à l'idée qu'elles puissent faire l'objet d'une modification du Préambule de la Constitution, car vos propositions pourraient être plus complètes, et plus fortes, mais aussi plus précises en faveur de l'égalité que l'amendement parlementaire.

C'est en prenant en considération le contexte international et européen, en m'appuyant sur les analyses et la position du Conseil Constitutionnel relatives aux moyens juridiques dont nous disposons que je souhaite vous présenter une proposition destinée, au-delà du législateur, à mieux garantir l'égalité.

Le droit international a reconnu les décalages entre le principe de droit et la réalité des faits. Il suffit de se référer à la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDAW) du 18 décembre 1979.

Le droit européen prend également en compte la nécessité de mesures particulières. L'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne (après modification par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997) habilite les Etats membres « à maintenir ou adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle ». La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes autorise également des actions positives, sous réserve qu'elles ne soient pas arbitraires ni automatiques et respectent le principe de proportionnalité. La Charte des droits fondamentaux précise dans son article 23 que « l'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines ».

Le Conseil Constitutionnel a admis que le législateur puisse agir sur le fondement de l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne. Il admet aussi la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions publiques électives et il la conditionne au respect des compétences permettant d'accéder aux postes de responsabilité. Mais cette avancée me paraît trop restrictive. De fait, il a considéré que l'imposition du respect de « proportions déterminées entre les femmes et les hommes » (c'est-à-dire des quotas) dans les instances délibératives et juridictionnelles, était contraire au principe d'égalité devant la loi et contraire à la Constitution. Il a donc, comme vous le savez, censuré la loi relative à l'égalité salariale le 16 mars 2006 en référence aux termes de la Déclaration de 1789.

Au-delà du principe d'égalité entre les femmes et les hommes inscrit dans la Constitution, par référence au Préambule de la Constitution de 1946, réaffirmé et complété par la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999, il conviendrait donc d'envisager une implication globale de toute la Nation pour mieux garantir l'égalité.

En effet, l'action du législateur est fondamentale mais elle doit être comprise et appliquée par tous.

Parvenir à l'égalité, c'est transformer les mentalités et les comportements de l'ensemble des citoyens. Ce n'est que par un engagement total de la Nation et de toutes ses composantes que nous pourrons atteindre cet objectif.

Le Préambule devrait ainsi marquer la dynamique dans laquelle doivent se placer les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire pour contribuer ensemble au développement de l'égalité entre les femmes et les hommes dans notre société, avec la société civile.

Pour y répondre, ma proposition consisterait à compléter l'alinéa 3 du Préambule d'une phrase. La rédaction complète de cet article serait la suivante :

« La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme. La Nation assure les conditions de leur égal accès aux responsabilités politiques, professionnelles et sociales ».

Cette proposition s'inspire de celle prévue à l'alinéa 10 du Préambule de 1946, relatif au développement de l'individu et de la famille.

Cette formulation permettrait d'inscrire notre texte fondamental dans la ligne des avancées enregistrées au plan communautaire, international et national au cours des cinquante dernières années. La Déclaration commune de Pékin, adoptée à l'unanimité par les pays membres de l'ONU en 1995, à l'issue de la 4ème Conférence mondiale sur les femmes, a souligné l'importance de cette action conjointe.

Si elle était retenue, cette proposition marquerait dans la loi constitutionnelle la volonté déterminée de la République d'assurer l'égalité entre les femmes et les hommes avec tous les moyens dont elle dispose.

Le Préambule de la Constitution donnerait ainsi un signal fort à tous les citoyens pour réaliser ensemble l'égalité au quotidien entre les femmes et les hommes.

2. S'agissant de la place des personnes handicapées, les débats qui se sont déroulés lors de la première Conférence nationale du handicap ce mardi 10 juin m'ont confirmé dans l'idée que notre pays s'honorait d'inscrire dans son préambule une disposition de nature à favoriser une meilleure prise en compte des personnes handicapées.

Celles-ci souffrent d'une double difficulté :

- elles souffrent d'un problème global d'accessibilité : à l'école, dans la cité, dans les établissements recevant du public et dans les entreprises ;
- elles souffrent d'un problème d'accès à l'emploi quand elles sont considérées comme aptes à accéder à l'emploi.

A ce stade, cependant, je ne suis pas en mesure de vous proposer une proposition de rédaction, cet aspect devant tout d'abord faire l'objet de validations et d'expertises plus précises. Je vous remercie de le comprendre. Si ceci recueille votre assentiment et si cette orientation s'avérait opportune, je vous ferais part, Mme la Présidente, d'une proposition de rédaction d'une disposition qui pourrait trouver sa place après le 11ème alinéa du préambule de 1946 pour les personnes en situation de handicap.

Je vous remercie.

Audition de Madame Christiane Menasseyre, inspecteur général honoraire de philosophie, ancienne doyenne du groupe de philosophie

19 juin 2008

Mme Menasseyre s'interroge : la Constitution, loi fondamentale de la République, forme un tout, dans la mesure où les valeurs et principes énoncés dans le Préambule, norme fondamentale de la loi fondamentale, orientent les règles de fonctionnement des institutions. Dès lors, comment envisager des modifications du Préambule alors que la réflexion sur la réforme du corps même de la Constitution est déjà très avancée ?

Pourquoi souhaite-t-on réviser le Préambule de la Constitution ?

Parce que des questions nouvelles, liées notamment aux progrès techniques, se posent ; parce qu'apparaissent à la conscience des préoccupations nouvelles, impliquées par les transformations de notre société. Ainsi de l'interrogation bioéthique, de la place croissante des femmes dans la vie sociale, professionnelle et politique, et encore de la prise de conscience de la diversité dans notre société...

Or, ce sont là des *faits*.

Mais ces questions, les questions de l'égalité des citoyens entre eux ou de l'égalité entre les hommes et les femmes, relèvent de *principes*. Elles peuvent certes apparaître sous une forme nouvelle ou inédite, mais les principes dont elles relèvent, ceux de 1789 et de 1946, qui affirment de manière intemporelle la liberté et l'égalité, demeurent. Tel est bien en effet le propre de toute situation historique, par définition nouvelle, que d'appeler de manière singulière des principes dont la validité universelle et la portée générale demeurent. Pourquoi adopter d'autres principes qui pourraient altérer, et par là affaiblir, le Préambule ?

Dans sa lettre de mission, le Président de la République a posé la question suivante : "*Faut-il rendre possibles de nouvelles politiques d'intégration valorisant davantage la diversité de la société française pour favoriser le respect effectif du principe d'égalité ?*". Insistant sur l'expression "*valorisant davantage la diversité*", Mme Menasseyre se demande si un fait - la diversité - doit être érigé en valeur.

Elle considère que ce serait là une voie dangereuse pour l'identité républicaine, car elle mènerait tout droit à l'établissement de catégories, lesquelles ne seraient pas si faciles à établir. Par exemple, en effet, comment déterminer les catégories nécessaires à l'établissement de quotas ? Comment classer les Français nés en France selon qu'ils sont issus de la 2^{ème} ou de la 3^{ème} génération d'immigrés ? Et de quels pays ? Une telle entreprise serait essentiellement contraire à notre conception de la République. Elle conduirait au communautarisme. Ainsi, inscrire la diversité dans le Préambule représenterait-il une faute politique, sans doute même une faute majeure.

Pour autant, cela ne signifie pas qu'il ne faille pas prendre en compte les inégalités. Mme Menasseyre rappelle qu'elle-même participe depuis ses débuts à la mise en œuvre de la politique d'éducation prioritaire instaurée par l'IEP de Paris voici huit ans, ainsi que depuis trois ans, à

l'activité du « lycée expérimental »²⁰¹ en Seine Saint-Denis. Il ne s'agit pas là, comme on le croit souvent, de discrimination positive puisqu'il n'existe ni quotas ni pré-détermination de succès. Il s'agit d'une politique très volontariste ; il faut mettre en place en amont toutes les règles de nature à favoriser l'accès aux responsabilités. Ainsi ces lycées dont sont issus, en nombre croissant, de jeunes étudiants de l'IEP de Paris connaissent-ils à tous égards un véritable développement. La politique menée par l'IEP de Paris a ouvert un horizon aux jeunes qui en sont bénéficiaires : non seulement elle les fait échapper à un destin tracé d'avance mais elle a des retombées positives sur les lycées concernés eux-mêmes²⁰².

En réalité, le Préambule de 1946 contient tout ce qui est nécessaire à la résolution du problème des inégalités.

Mme Menasseyre observe en outre qu'en matière d'accès des femmes aux fonctions politiques, le changement a été introduit dans le corps même de la Constitution, puis par différentes lois.

Si une modification devait intervenir pour favoriser l'égal accès des hommes et des femmes aux fonctions autres que politiques, elle devrait intervenir dans la Constitution²⁰³, mais certainement pas dans le Préambule.

Au demeurant, dans le domaine politique, l'Observatoire de la parité a constaté que les différentes mesures introduites depuis 1999 n'ont produit d'effet qu'au niveau des élections locales, les différents partis préférant payer des amendes en ce qui concerne les élections législatives.

En la matière, ce sont des mesures sociales volontaristes prises en amont qui sont décisives.

En sa qualité d'inspectrice générale de philosophie, Mme Menasseyre a visité de nombreux lycées déshérités : s'agissant de la situation des femmes, elle considère que la seule voie à retenir est d'encourager les jeunes filles à suivre des études les plus longues possibles et qu'il faut améliorer le soutien psychologique, le financement (bourses) et les conditions de travail (internat dans les classes de BTS), tout en tentant de convaincre les parents et particulièrement les mères d'agir en ce sens, tout en tentant d'éviter les erreurs d'orientation, très fréquentes ; c'est ainsi qu'on pourra changer un peu la société.

Elle n'est pas certaine que les mesures imposant une représentation des femmes dans les jurys de concours, légitimes et apparemment positives, aient eu des effets réels sur les candidates.

Mme Menasseyre constate que les mesures volontaristes qu'elle préconise butent sur la contrainte économique. Il faudrait que les citoyens soient convaincus de la nécessité d'agir. A cette fin, il faut éduquer, informer, discuter...

201. Ce que l'on appelle « le lycée expérimental » désigne non pas un établissement (qui pour l'instant n'a pu voir le jour) mais une structure bien réelle dans laquelle travaillent « en réseau », selon des méthodes innovantes, cinq lycées de Seine Saint Denis, auxquels s'est joint, depuis la rentrée 2007, un lycée de Moselle.

202. Outre la croissance du nombre d'admissions à Sciences-Po, pour la plupart suivies d'études réussies, les lycées d'origine connaissent eux-mêmes une augmentation sensible des taux de réussite au baccalauréat et du nombre des mentions, ainsi qu'une orientation bien plus prononcée vers les classes préparatoires et les classes de BTS.

203. C'est désormais chose faite.

De manière générale cependant, Mme Menasseyre considère que, si l'on décidait d'une révision du Préambule, seul le principe de dignité, évoqué dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, pourrait avoir une place dans le socle des valeurs fondamentales. Seul l'être humain a de la dignité, ainsi que le souligne Kant, qui distingue nettement le prix et la dignité : ce qui a un prix peut être acheté et vendu ; ce qui relève de la dignité est incommensurable et ne saurait donc être acheté ni vendu. Considération de principe dont l'application pratique est immédiate, par exemple en matière de greffes d'organes.

Consacré de manière implicite à l'heure actuelle, le principe de dignité pourrait être explicitement inscrit dans le Préambule.

Intervention de Monsieur Mohammed Moussaoui, président du Conseil français du culte musulman

4 septembre 2008

Madame la Présidente,

Notre Conseil a eu l'honneur de recevoir de votre part une demande de consultation relative à la réflexion que vous menez actuellement sur le Préambule de la Constitution française. Nous avons le plaisir de vous présenter les quelques propositions suivantes, dont vous constaterez que le contenu reprend celui des textes internationaux récemment ratifiés par la France, plus précisément la Charte européenne des droits fondamentaux adoptée par la France le 14 décembre 2007, citée dans la lettre de mission du Président de la République en date du 9 avril 2008.

Nos propositions sont les suivantes :

Proposition 1 relative à la diversité religieuse

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme en son article 22 :

« L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique. »

Le CFCM appuie l'idée que ce principe désormais unanimement admis se retrouve dans le Préambule de notre Constitution sous la forme suivante :

« La France respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique. »

Proposition 2 relative à la liberté de manifester sa religion (...) en public ou en privé

L'article 9 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales du 4 novembre 1950 dispose :

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.
2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Le point 1 est repris dans l'article 10 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

Nous proposons que ce texte concernant la liberté de pensée, de conscience et de religion inspire la modification du Préambule de la Constitution Française. Dans la mesure où certains points pourraient être redondants avec le contenu actuel de la Constitution de 1958, il pourra apparaître à votre Comité que le point 1 est celui qui doit pouvoir compléter nos règles constitutionnelles

actuelles.

Proposition 3 relative à un dialogue ouvert, transparent et régulier

A l'instar de ce que contient le Traité constitutionnel de l'Union Européenne il apparaît nécessaire d'insérer dans le Préambule de la Constitution française un article selon lequel:

1. La France respecte les institutions religieuses.
2. Reconnaisant leur identité et leur contribution spécifique, la France maintient un dialogue ouvert, transparent et régulier avec ces institutions religieuses.

Cette proposition, comme les précédentes, répond aux transformations de notre société depuis un demi-siècle et tend à exprimer de manière non équivoque les principes fondateurs de notre République. Insérer ces propositions dans le Préambule de la Constitution permettra d'encadrer plus justement les débats souvent passionnés qui ont eu cours en France ces dernières décennies au sujet de la place de la religion dans la société française et de la définition et de la portée du principe de laïcité.

Aujourd'hui, la France s'est engagée au niveau européen sur des textes qui permettent d'apaiser les controverses sur un certain nombre de questions liées à la religion et aux croyants. Le CFCM, à travers les propositions qui vous sont soumises aujourd'hui, souhaite que notre société fasse l'économie de nouvelles controverses liées à la hiérarchie des normes juridiques et à la valeur des textes internationaux engageant la France. En d'autres termes, il nous apparaît que le travail de votre Comité, Madame la Présidente, peut à la fois moderniser notre Constitution et prévenir d'éventuelles interprétations erronées de celle-ci et des valeurs qui fondent notre République.

Audition de Madame Laurence Parisot, présidente du MEDEF

10 juillet 2008

A. La parité entre les hommes et les femmes.

Mme Parisot se montre favorable à des mesures favorisant la parité. Elle justifie sa position en se fondant sur les études réalisées par l'IFOP auprès des femmes depuis les années 70 :

- au milieu des années 1970, les résultats des analyses effectuées montraient qu'un espoir immense naissait chez les femmes,
- à partir des années 1980, les femmes considéraient que l'accès à la vie professionnelle leur était enfin ouvert, leurs espoirs ne cessant de grandir,
- dans les années 1990, les femmes pensaient leur but atteint, notamment lors de la dernière réforme sur la parité dans le domaine politique,
- mais, à partir du début des années 2000, les femmes ont assisté au début d'un retour en arrière : des signaux, certes faibles mais inquiétants, montraient que les choses n'étaient pas acquises.

Ainsi, s'avère-t-il que des retours en arrière sont possibles : il faut donc concevoir des outils qui permettent de les éviter.

Les actes de foi, les déclarations de principes, les beaux discours ne suffisent pas. Il faut déployer des bonnes pratiques, en incitant chacun à les mettre en œuvre.

Il faut permettre au législateur de mieux garantir l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités, en dehors même de la sphère politique. Il faut à la fois des "coups de pouce" et des actions de nature à éviter que les choses ne reviennent en arrière.

B. La diversité.

Mme Parisot n'est pas favorable à des mesures temporaires : il faut, soit pratiquer la discrimination positive à 100 %, soit ne pas la mettre en œuvre.

Toutefois, elle convient que des ajustements, qui ne seraient pas permanents, sont nécessaires.

S'agissant des statistiques permettant de mesurer la diversité dans les entreprises, Mme Parisot n'y est pas opposée à condition que soient renforcées la protection des données personnelles et l'anonymisation.

Elle affirme que de nombreuses entreprises sont soucieuses de progresser dans ce domaine²⁰⁴ ; la difficulté est que, s'il est facile pour le chef d'une petite entreprise de voir si celle-ci reflète la diversité, il est difficile pour le dirigeant d'une grande entreprise d'avancer sans outil statistique.

La mise en place des outils statistiques doit s'accompagner d'un renforcement de la protection des données individuelles.

La procédure d'anonymisation n'est pas toujours respectée, alors qu'il s'agit d'un élément

204. Mme Parisot a évoqué l'opération "Nos quartiers ont du talent", une opération qui apporte un "coup de pouce" à de jeunes diplômés de niveau Bac+4 et plus, issus en priorité des banlieues et à la recherche d'un emploi à la hauteur de leurs compétences et aspirations. Par le biais du réseau Medef et de ses partenaires, ce programme facilite leur mise en relation avec des recruteurs et leur garantit un entretien d'embauche si leurs compétences correspondent à celles d'un poste ouvert au recrutement des entreprises partenaires. Son objectif vise à rétablir un équilibre dans le traitement de leur candidature et à leur offrir un réseau auquel ils n'ont pas accès.

fondamental.

En cette matière, elle est convaincue qu'il existe un espace dans lequel on peut agir.

C. La liberté d'entreprendre et l'économie de marché.

Sur l'interrogation d'un membre du comité, Mme Parisot se déclare favorable à l'insertion de nouveaux droits économiques dans le Préambule de la Constitution, notamment la liberté d'entreprendre. Elle estime d'ailleurs paradoxal que cette liberté ne soit pas explicitement affirmée, alors que l'économie de marché est valorisée et que l'initiative personnelle est encouragée.

Voyant là une étape symbolique utile, elle propose la rédaction suivante :

“Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946, aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 et au principe de la liberté d'entreprendre.”

Mme Parisot n'est pas certaine qu'il existe là un enjeu juridique fort, puisque la liberté d'entreprendre est reconnue par le Conseil constitutionnel et que son absence dans le Préambule de la Constitution n'empêche les entrepreneurs d'agir, mais elle considère que la reconnaissance de la liberté d'entreprendre, ainsi que celle de l'économie de marché, constitueraient un signal fort adressé à ceux qui ont un esprit créatif et permettraient d'améliorer le regard porté par les Français sur les entreprises.

Elle déclare préférer l'expression “liberté d'entreprendre”, qui fait référence à un acte, à l'expression “liberté d'entreprise”, qui figure à l'article 16 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

D. La liberté contractuelle.

Le Medef considère que le législateur abuse de l'article 34 de la Constitution selon lequel *“il détermine les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale”*, en prévoyant les moindres détails dans ces domaines.

Le Medef souhaite que le législateur revienne à l'esprit de l'article 34. Si tel n'était pas le cas, il faudrait modifier notre Constitution afin de donner une place plus nette et mieux définie au contrat. Cela permettrait à la société française de “respirer”. Si le contrat avait davantage d'importance, beaucoup de réformes seraient mieux acceptées.

Mme Parisot observe que la France est l'un des seuls pays à laisser si peu de place au contrat et que, lorsque les syndicats s'accordent, le législateur intervient en aval...

Elle n'est pas opposée à l'intervention du législateur, mais uniquement pour fixer les grands principes (par exemple, fixer un plafond de 235 jours par an de travail pour les cadres, tout en laissant à un accord de branche le soin de fixer le nombre de journées de travail des cadres).

Mme Parisot admet que le consensus politique sera difficile à trouver sur ce point et que la proposition d'ajouter la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre dans le Préambule de la Constitution est de nature à susciter des protestations et des contestations.

Si elle est favorable à des évolutions significatives, elle veut éviter des situations conflictuelles. Elle indique qu'elle est seulement venue formuler des propositions et qu'elle est convaincue que, pour faire évoluer la société, il faut affirmer des principes.

Audition de Monsieur Louis Schweitzer, président de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité

5 juin 2008

M. Schweitzer précise que, si son discours n'a pas été validé formellement par le collège de la Halde, il concorde avec l'opinion de celui-ci.

La Halde est une autorité administrative indépendante, dont le nombre de saisines s'élève à plus de 6.000 par an.

Au cours de la réflexion sur la révision de la Constitution, la question s'est posée de savoir si la Halde devait être intégrée au Défenseur des droits des citoyens. Il a été finalement décidé de maintenir la spécificité de la Halde, au motif que, pour traiter les questions d'égalité et de discriminations, une autorité collégiale, dans laquelle sont représentées diverses personnalités aux parcours différents, était préférable à une seule personnalité qui aurait eu des difficultés à remplir de manière effective un objectif de diversité.

La loi précise que les autorités de nomination des membres de la Halde doivent s'efforcer, dans la mesure du possible, de respecter un équilibre des sexes. Or, sur les onze membres, huit sont désignés par paires : quatre autorités en désignent chacune deux, trois autorités en désignant chacune un. Dans le premier collège, il y avait quatre femmes : chacune des autorités devant désigner deux membres avait nommé un homme et une femme ; chacune des autorités ne désignant qu'un membre avait désigné un homme. Le collège a fait l'objet d'un renouvellement partiel et le nombre de femmes est passé de quatre à cinq.

La diversité n'est pas tellement un objectif en soi, mais un indicateur de résultat : la diversité est l'indicateur de la réalité de l'égalité. L'absence de diversité reflète l'absence d'égalité réelle.

Un danger se fait jour : un glissement de la diversité vers le multiculturalisme, puis, de manière involontaire, du multiculturalisme vers la séparation. D'où un défi à relever : la diversité doit s'accompagner de l'union, c'est-à-dire qu'il faut faire en sorte que la diversité ne se traduise jamais par une séparation, que ce soit dans l'habitat, la vie sociale, l'environnement scolaire, plus généralement, dans toutes les étapes de la vie. Or, la tendance spontanée est à la séparation : il faut donc être très vigilant en ce domaine.

La notion d'action positive est préférable à celle de discrimination positive : elle est plus cohérente avec la notion américaine d'*affirmative action* qui n'a pas de connotation négative.

Une action positive est nécessaire. En ce domaine, laisser le temps au temps n'apporterait pas le moindre début de solution et conduirait même au contraire à la séparation.

La définition de l'action positive légitime donnée par les directives européennes sur les discriminations est une bonne définition. Il s'agit de mesures temporaires, proportionnées, correctrices des inégalités et ne devant pas avoir pour effet de créer des catégories de droit séparées. Cette définition européenne est très proche de la définition de l'action positive acceptée aujourd'hui par la Cour suprême des Etats-Unis et en Grande-Bretagne.

On constate que l'action positive ne bénéficie pas d'un très fort soutien dans l'opinion.

La Halde est absolument opposée à la création de catégories ethno-raciales sur le modèle anglo-saxon, dont l'objectif prétendu est de conférer une réalité ou un sens scientifique à des regroupements qui n'existent le plus souvent que dans les yeux des autres. En outre, ces catégories ou ces classements ont pour effet de séparer, alors que tout ce qui sépare est mauvais et que tout ce qui rassemble est bon.

Enfin, de telles catégories peuvent conduire à des explications racistes ou raciales alors que la réalité peut être sociale : le racial est tellement visible qu'il peut conduire à "effacer" toutes les autres variables explicatives d'un phénomène.

Pour autant, tout ne doit pas être interdit en matière ethnique ; toutefois, il faut que toute étude qui prenne en compte la dimension ethnique au sens large soit anonyme, déclarative et volontaire, ces trois points étant très importants ; il faut également que cette étude soit effectuée par un tiers (Insee, Ined...) et entourée de garanties.

Ces études doivent permettre de mesurer si, de manière effective, à catégories socioprofessionnelles égales, toutes choses égales par ailleurs, il existe des facteurs "ethniques" qui expliquent une discrimination, une inégalité, une injustice. Par exemple, lorsque la Halde mesure les discriminations en matière de logement à l'aide de volontaires, elle constate qu'une personne noire ou une personne d'origine maghrébine a, à revenus et à salaire égaux, neuf fois moins de chances d'obtenir un logement qu'une personne blanche, une réalité qui ne peut être ignorée.

La laïcité est un extraordinaire atout pour la République dans la lutte contre les discriminations. Après avoir donné les contre-exemples québécois et allemands, M. Schweitzer affirme que la laïcité est un instrument qui permet de gérer l'égalité dans des conditions satisfaisantes et de gérer la diversité avec davantage de neutralité que si elle n'existait pas.

M. Schweitzer se déclare favorable à l'action positive en faveur des femmes, mais à condition de faire preuve de prudence. Il constate qu'une seule femme, de nationalité américaine, est à la tête d'une entreprise du CAC 40 ; quant aux équipes dirigeantes de ces entreprises, la proportion de femmes y est sensiblement inférieure à 10 % : il s'agit d'une situation typique où une telle proportion signifie que l'égalité des chances ne fonctionne pas.

Néanmoins, la prudence est de mise : certains droits spécifiques reconnus aux femmes (tel le droit à des congés supplémentaires) constituent de véritables cadeaux empoisonnés.

En tout état de cause, il existe un encadrement conventionnel : quoi qu'il soit écrit dans la Constitution, les limites européennes sur l'action positive s'appliqueront.

Audition de M. René Sève, directeur général du Centre d'analyse stratégique

29 mai 2008

M. Sève souligne d'abord qu'un exercice de « réflexion constitutionnelle » réside dans la recherche, difficile, d'un équilibre entre trois dimensions : celle de principes de justice considérés comme supérieurs à la volonté humaine et s'imposant à tout législateur, celle de la tradition juridique propre à un pays, celle de l'utilité commune.

Or, sous ce dernier aspect, l'époque actuelle se caractérise par un double phénomène d'accélération dans les domaines de la science et de la technologie.

Le premier facteur est celui de la mondialisation et notamment du retour sur la scène scientifique mondiale de la Chine et de l'Inde, alors que la science des cinquante dernières années était américaine, européenne ou japonaise. Sur un plan quantitatif, le nombre de chercheurs dans le monde devrait ainsi être multiplié par deux d'ici 2025. Sur le plan qualitatif, même si cette recherche est très internationalisée, sa géographie ne sera pas neutre puisque certains développements seront localisés en fonction des facilités de financement, de la proximité des marchés mais aussi des règles éthiques et juridiques en vigueur dans le pays d'accueil.

La seconde source d'accélération réside dans la convergence de l'informatique, de la physique et de la biologie qui permet le développement des nanotechnologies, de la génomique, de la biologie de synthèse, de la robotique, etc..., à un rythme très rapide grâce aux puissances de calcul mobilisées (selon une étude du PWC, la durée des processus de R et D en médecine pourrait être réduite des deux tiers avec une augmentation des taux de succès).

De cette accélération, il découle une conséquence paradoxale sur la notion de dignité humaine. Cette dernière peut être menacée, car réduite notamment à ses déterminants biologiques et ses processus neuronaux. Elle peut inversement se trouver étendue, voire diluée, vers d'autres formes d'intelligence (personnalité virtuelle ou artificielle des avatars et des robots) ou de vie (y compris dans le règne végétal).

A partir de ces constatations, M. Sève considère que les normes qui doivent encadrer la recherche ont à tenir compte du contexte concurrentiel, de la mobilité des chercheurs et des investissements en R et D et du caractère imprévisible des évolutions scientifiques. Dans cette situation de risques comme d'opportunités, le bon équilibre consiste à adopter des règles générales et à les compléter par des dispositifs institutionnels concernant l'éducation et la formation des chercheurs et l'organisation de procédures nationales, sectorielles, locales de réflexion et de décision éthiques. En d'autres termes, l'intérêt « de l'humanité » est que les recherches se développent dans des Etats de droit, ouverts aux évolutions scientifiques, et disposant de tradition et de pratiques solides dans le domaine de la réflexion éthique.

En d'autres termes, le niveau constitutionnel doit rester en ce domaine très global (par opposition par exemple au modèle suisse très constitutionnalisé pour des raisons également propre à son fédéralisme).

Dans cette perspective, il ne serait pas souhaitable de constitutionnaliser davantage par exemple la « liberté de la recherche » ni un droit fondamental « supplémentaire », par exemple la « non-

discrimination au regard des seules caractéristiques génétiques », ce qui ne signifie pas qu'une législation ne doit pas éventuellement être adoptée en ce domaine (comme viennent de le faire les Etats-Unis) quand l'usage de tests ADN généralisé sera envisageable.

Interrogé sur les « mères porteuses », M. Sève considère, à titre personnel, d'une part, que le « droit à l'enfant » est une métaphore si le devoir correspondant ne peut être identifié et, d'autre part, que la rémunération de la mère porteuse peut être considérée comme fortement susceptible de vicier son consentement (comme une vente d'organes).

Audition de Madame Malika Sorel, chercheur, auteur d'un essai sur *Le Puzzle de l'intégration* (Mille et une nuits, 2007)

11 septembre 2008

L'intervention de Mme Sorel sera intégrée à cette annexe dans les tout prochains jours.

Audition de Monsieur Jacques Testart, biologiste et chercheur honoraire à l'INSERM

26 juin 2008

A. L'influence des professionnels interrogés lors de l'élaboration et de la révision des lois bioéthiques

M. Testart pense que ces professionnels abusent de leurs compétences techniques pour imposer une conception de la bioéthique qui leur convient.

Il donne quelques exemples :

1) *La recherche sur l'embryon humain.*

Elle a été rendue possible sous la pression de scientifiques. Or, depuis cette autorisation, il n'y a eu aucun résultat.

En Angleterre, où l'on peut créer depuis les années 1990 des embryons humains à des fins de recherche, il n'y a pas eu davantage de résultats.

Dans ce pays, des scientifiques mélangent cellules animales (ovules de lapins ou de vaches) et cellules humaines, avant même d'avoir montré l'intérêt de chimères animal/animal, ce qui est contraire à la déontologie. Avant de pouvoir effectuer des tests sur l'homme, il faudrait obligatoirement pratiquer une expérimentation sur l'animal.

2) *L'anonymat et la gratuité du don de gamètes.*

Auparavant, seul le don de sperme était concerné.

Aujourd'hui, les praticiens sont aux prises avec le don d'ovules, qui impose une procédure beaucoup plus lourde et donc la rareté des donneuses.

Or, ces praticiens qui défendaient l'anonymat et la gratuité du don de gamètes, au nom de la morale (pour la loi de 1994), demandent aujourd'hui qu'on puisse lever l'anonymat et parfois que l'indemnisation des donneurs d'ovule soit rendue possible.

Cela prouve donc que leur action n'est pas guidée par la morale, mais par leur réalité professionnelle.

3) *La régulation des pratiques.*

M. Testart s'étonne qu'il soit demandé par les élus à des gynécologues s'ils approuvent la gestation pour autrui (GPA) et, surtout, s'ils pensent que la contribution d'une mère porteuse mérite rémunération. N'y a-t-il pas confusion entre un savoir-faire technique et une compétence éthique ?

4) *Le diagnostic préimplantatoire (DPI) et l'autorégulation des praticiens.*

Ce diagnostic peut être réalisé :

- en cas d'indications médicales,
- en cas de maladie particulièrement grave d'un ou des parent(s).

Il s'agit là de conditions très générales : il n'y a pas de bilan, d'analyses ou de contrôles a posteriori, sauf le listing très global réalisé annuellement par l'Agence de la biomédecine.

Des Centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal (CPDPN) ont été créés, où ne figurent ni juristes ni anthropologues, mais seulement des partenaires intéressés par le développement de la technologie.

Comment les professionnels peuvent-ils être les gardiens de leur propre activité ?

Pourquoi cette absence de contrôle a posteriori ?

Des analyses a posteriori permettrait de limiter les excès.

Il ne faut pas oublier en effet que le DPI représente une technique à impact sociétal potentiellement beaucoup plus important que le DPN. Or les mêmes structures (CPDPN) gèrent les deux types de diagnostic.

B. La bioéthique à la française

M. Testart rend hommage au Comité consultatif national d'éthique, qui a produit des textes très riches. Plusieurs entorses aux principes sont relevées :

1) La dignité de l'embryon est-elle respectée ?

Il existe une ambiguïté : il est interdit de créer des embryons pour faire de la recherche, mais il est possible de faire de la recherche sur des embryons "surnuméraires", qui seraient par conséquent moins dignes que les autres. Comment justifier cette discrimination ?

2) La non-discrimination des personnes est-elle respectée ?

Sans entrer dans le débat sur le statut de l'embryon (amas cellulaire ou potentialité de personne ou personne à part entière), il faut observer que le DPI sélectionne les embryons et donc les personnes potentielles puisque toute personne est issue d'un embryon.

3) Remarque sur la disparité des éthiques européennes.

L'Irlande, catholique, a une législation proche de la Suisse : elle est prudente sur la question de la procréation médicalement assistée.

L'Espagne, catholique également, a, quant à elle, une législation libérale, proche de celle de la Grande-Bretagne sur cette question.

On ne peut pas expliquer les disparités éthiques par des différences culturelles (surtout religieuses).

4) L'influence des lobbys.

Incontestablement, des pressions sont exercées par des scientifiques et médecins, des éditorialistes, des médias et, bien sûr, les groupes religieux...

En réalité, très peu de personnes, et pas nécessairement représentatives, vont influencer le contenu des lois bioéthiques, qui ont pourtant un impact sociétal très important. Comme si la régulation bioéthique en chaque pays ne dépendait que de quelques dizaines de représentants d'élites influentes...

5) L'écart entre l'éthique personnelle et l'éthique du groupe auquel on appartient.

Un constat s'impose : les idées des groupes - ou du moins des leaders de ces groupes - ne sont pas tellement suivies par les populations qui appartiennent à ces groupes.

Ainsi, beaucoup de catholiques pratiquants acceptent de subir une fécondation in vitro (FIV), alors que le Vatican y est opposé. De même nombre de Français se rendent en Belgique ou en Espagne pour accéder à des pratiques interdites par la loi française.

L'éthique personnelle est donc différente de celle du groupe auquel on appartient. Mais qui a réellement défini l'éthique de ce groupe ?

M. Testart s'interroge : existe-t-il une identité constitutionnelle française en ce qui concerne la bioéthique ?

C. Le refus du lieu commun selon lequel la science va plus vite que l'éthique

La science ne va pas plus vite que l'éthique, c'est l'éthique qui va moins vite que la science ! Il est facile de le vérifier : il suffit d'observer les programmes de recherche médicales financés par le secteur public et l'absence de coordination des activités de laboratoire avec la réflexion éthique.

En réalité, nous n'avons pas une volonté suffisante pour poser des garde-fous avant d'être mis au pied du mur.

Il faut donc se préoccuper de la réglementation plus tôt.

A titre d'exemples :

1) *Le diagnostic préimplantatoire et ses excès.*

On dit que le diagnostic préimplantatoire (DPI) est un diagnostic prénatal (DPN) précoce, ce qui est faux.

Dans le cas du DPN, le nombre de futures personnes possibles s'élève à un : celle qui est dans le ventre de sa mère.

Dans le cas du DPI, le nombre de futures personnes possibles s'élève à 5, 10, 20... : celles qui sont dans des éprouvettes.

En outre, l'interruption médicale de grossesse a des limites « naturelles » (gravité de l'acte, souffrance maternelle...) que le DPI n'a pas (pourquoi ne pas choisir le « meilleur » embryon ?...).

La France autorise le DPI avec plus de restrictions qu'ailleurs certes, mais certains glissements ne sont pas considérés comme illégaux : on peut faire des DPI pour des affections qui ne justifient pas une interruption de grossesse (hémophilie par exemple : une maladie qui n'est certes pas anodine, mais avec laquelle on peut vivre).

En Angleterre, les parents souffrant d'un strabisme fort peuvent demander un DPI pour éviter d'avoir un enfant qui louche...

2) *Le tri des embryons.*

Il est très facile de prélever et de congeler un fragment ovarien. On saura faire évoluer les ovocytes primaires. A partir d'un petit morceau d'ovaire congelé, les praticiens pourront produire in vitro de nombreux ovules et donc de nombreux embryons, puis choisir le plus convenable des embryons pour ces parents qui veulent un enfant.

Il s'agit là d'une perspective réelle. Peut-on dès lors continuer avec nos garde-fous ?

Les excès de DPI et le tri des embryons posent les problèmes suivants : qu'est-ce qu'un handicap si on peut l'éviter ? Quel regard va-t-on porter sur les personnes handicapées ou sur des personnes qui auraient pu ne pas naître ?

Point alors le risque du racisme du gène qui pourrait remplacer le racisme de la peau, cela avec la caution de la science et avec l'alibi des effets positifs d'un tel racisme : les médecins, dont la responsabilité pourra être mise en jeu par les parents si un enfant handicapé voit le jour, ne pourront se voir reprocher d'avoir empêché la mise au monde de cet enfant. Une loi espagnole de 1988 prévoyait d'ailleurs que les médecins devaient éviter toute malfaçon. Il faut donc poser dans la loi que la médecine n'a pas d'obligation de perfection.

On aboutira sinon à une normalisation génétique arbitraire et dangereuse.

On subit déjà et on continuera à subir l'influence des législations étrangères, sous la pression du

tourisme procréatif.

Parallèlement, la génétique médicale connaît un succès en matière d'identifications, mais la thérapie génique est un échec.

Nous avons tous quatre ou cinq gènes susceptibles d'entraîner une maladie dangereuse. Sur des sites Internet étrangers, il est d'ailleurs possible de connaître son génome, ce qui incite les parents à exiger la non-transmission de certains de ces gènes à leurs enfants.

Ainsi, aux Etats-Unis, de plus en plus de DPI sont associés à des FIV. 9 % des DPI sont justifiés par une prescription médicale. Sauf régulation urgente, on ne pourra pas échapper au nouvel eugénisme, non autoritaire et bienveillant. Il s'agit d'en décider avant que la technologie apporte toutes les séductions qui la feront admissible ou désirable, quelles qu'en soient les conséquences anthropologiques.

3) *Les solutions pour contrer la possible dérive eugénique.*

Elles sont au nombre de quatre :

a) Interdire le DPI.

Interdire le DPI puisque le DPN permet d'éviter les maladies très graves.

Mais la loi a autorisé le DPI.

Il reste donc trois solutions.

b) Limiter le nombre d'ovules au nombre d'embryons que l'on pourrait transplanter chez la femme.

C'est la position de la Suisse. Si deux ou trois embryons seulement sont « contrôlés », on ne pourrait qu'éviter les issues dramatiques. Mais cette pratique retirerait des chances de grossesses aux patients demandeurs de fivète.

c) Autoriser le DPI uniquement si les parents sont atteints de maladies graves définies.

C'est ce que dit la loi française, mais cette solution implique de définir les maladies graves qui justifient la demande des parents de recourir au DPI. Et donc de faire des listes qui cibleraient les indésirables... dont beaucoup sont parmi nous...

d) N'autoriser le DPI que pour la recherche d'un seul variant génétique pour tous les embryons issus d'une même FIV. Cette solution ménage un choix du couple (viser l'insupportable) et évite la normalisation (bien d'autres « défauts » génétiques échapperont au ciblage).

D. Les valeurs collectives qui s'opposent aux libertés individuelles

M. Testart considère qu'une politique de civilisation dans le cadre du DPI consisterait à poser que les droits de l'homme dépendent des droits de l'humanité. C'est-à-dire que ce qui est estimé bénéfique par des personnes (des couples) ne l'est pas nécessairement pour l'ensemble des humains. Exemple avec le DPI : limiter les droits de l'homme là où ils menacent les droits de l'humanité.

Le DPI offre une sécurité et la normalité pour les géniteurs.

Les droits de l'humanité, c'est l'altérité et la diversité au nom de l'égalité de toutes les personnes.

Les droits de l'homme :

- vont dans le sens d'une lignée généalogique,
- acceptent la compétitivité (sélection du meilleur embryon),
- posent le scientisme comme idéologie.

Les droits de l'humanité :

- consacrent l'adoption et la fraternité,
- prescrivent la solidarité à l'égard des handicapés,
- prônent l'humanisme comme conquête de civilisation,
- exigent des principes communs de bioéthique.

Il faudrait fonder une éthique libérée des courants dominants.

M. Testart place, à côté ou même au dessus des droits de l'homme, les droits de l'humanité qu'il faut invoquer pour défendre le genre humain, les espèces et la planète dans son ensemble. En effet, les restrictions à la diversité du vivant (lignées sélectionnées, OGM) relèvent de la même utopie génétique que le DPI.

Mais qui peut formuler les droits de l'humanité ? Les citoyens du monde entier, qui ont d'ailleurs des intérêts plus convergents que leurs responsables.

Un maillon manque entre la bioéthique et la décision politique : le citoyen.

E. La constitutionnalisation des conventions de citoyens et la création d'une maison des citoyens au Conseil économique et social pour organiser ces conventions de citoyens

En matière de bioéthique, on fabrique des lois, mais SANS le citoyen.

M. Testart explique que, présidant la Commission Française du Développement Durable (CFDD), il s'était demandé en 2002, comment le citoyen pouvait intervenir dans des controverses techniques et, par exemple, pour limiter le réchauffement climatique.

La CFDD a organisé une conférence de citoyens, composée de profanes volontaires tirés au sort qui ont été préservés des pressions extérieures par l'anonymat et qui, durant trois fins de semaine, ont été, dans un souci d'objectivité, formés par des spécialistes ayant des vues divergentes sur le sujet.

On a défini une procédure précise permettant d'assurer la crédibilité des conférences de citoyens auprès des élus et de la population.

Une réflexion menée avec des juristes (D. Rousseau, M.-A. Hermitte) et sociologue (M. Callon) a conduit à un projet de loi publié dans la presse en décembre 2007 (voir site : jacques.testart.free.fr).

M. Testart a souhaité l'inscription des conventions de citoyens dans la Constitution, avec la création d'une maison des citoyens au Conseil économique et social pour organiser ces conventions, faisant ainsi appel à l'idée de démocratie participative, plutôt que seulement consultative.

Certes, ce seront toujours les élus qui décideront, mais ils devront prendre en compte l'opinion des citoyens. L'altruisme se développe dans de telles procédures menées au nom de l'humanité et pas de tel intérêt particulier. Une telle procédure permet de saisir la vérité de l'éthique et accompagner la science. Pourquoi pas des conventions de citoyens européens pour dire ce que veulent les gens ?

Nos lois ne seront efficaces que si elles existent hors frontières, de sorte qu'il faut mettre en place en Europe des procédures permettant aux citoyens de proposer des régulations communes plutôt qu'entériner en chaque pays les positions de quelques personnes influentes.

Intervention de Monsieur Alex Türk, président de la Commission nationale informatique et libertés

25 mai 2008

Le Président de la République, M. Nicolas Sarkozy, souhaite moderniser le Préambule de notre Constitution afin que, *«sur les problèmes philosophiques, moraux, éthiques posés par la modernité, notre Constitution soit en avance sur notre temps et non pas en retard»*.

Ces dernières décennies de nouveaux enjeux, de nouvelles technologies, de nouveaux acteurs sont apparus. Nos sociétés deviennent de plus en plus dépendantes de ces nouvelles technologies et les données à caractère personnel sont collectées, générées, analysées dans des proportions sans cesse croissantes. Dès lors, **la protection des données est devenue indispensable dans une société moderne et démocratique**, au même titre que la liberté de la presse ou celle d'aller et venir.

En effet, qu'en est-il de la liberté de circuler anonymement, ou de la liberté de réunion, si tous nos déplacements sont suivis, tracés et enregistrés par l'intermédiaire de techniques telles que le GPS ou les puces informatiques miniaturisées intégrées dans les objets ?

Qu'en est-il de la liberté d'expression si toutes nos déclarations, propos, écrits, sont répertoriés, analysés, par exemple par des moteurs de recherche, et nous sont opposés, parfois des années après ?

Enfin, qu'en est-il de la notion même de vie privée lorsque des données intimes, telles que nos opinions politiques, religieuses, musicales, nos orientations sexuelles, ou notre état de santé, peuvent être mises à la disposition de tous par l'intermédiaire de « réseaux sociaux » tels que Facebook ?

La protection des données ne doit pas être conçue comme un thème abstrait, théorique. **Les règles de protection des données protègent effectivement les personnes**. Il s'agit de s'assurer du droit à ne pas être fiché, surveillé, analysé dans ses comportements de manière abusive et incontrôlée. Il s'agit de garantir la dignité humaine, de permettre aux personnes d'exercer leurs droits, de jouir de leurs libertés car **si tout se sait sur chacun d'entre nous, alors la notion de vie privée n'a plus de substance ni de portée**.

On le voit, la notion de vie privée, et son corollaire qu'est la protection des données personnelles, est aujourd'hui menacée (I). A cette aune, sa valeur juridique est insuffisamment élevée dans notre hiérarchie des normes (II) alors même que de nombreux textes européens et internationaux fondent le droit à la protection des données (III). En introduisant dans la Constitution le droit à la vie privée et à la protection des données personnelles, la France ferait œuvre utile et innovante au regard de ses principaux partenaires européens dont un nombre croissant se sont d'ores et déjà engagés dans cette voie (IV).

I – La vie privée est un espace en voie de disparition

Notre sphère de vie privée²⁰⁵, qui comprend nos droits fondamentaux, notre intimité et notre identité, est exposée à des risques sans précédent. Par la reconnaissance du droit à

²⁰⁵ Nous entendons par sphère de vie privée ce que les anglo saxons appellent « privacy »

« l'environnement », le Constituant a affirmé, en 2005²⁰⁶, que tout Homme a le droit de vivre dans un environnement naturel préservé et non pollué. De la même manière tout Homme doit pouvoir vivre et se déplacer, dans sa sphère de vie privée, préservé de toute atteinte. En effet, à l'instar de l'environnement naturel, le « capital » que représentent notre vie privée, notre identité et notre intimité, est en danger. Il risque d'être, lui aussi, si gravement atteint qu'il ne puisse être renouvelé.

Il est donc impérieux de protéger notre sphère de vie privée, confrontée à un double défi.

Un défi d'ordre technologique

Ce défi résulte de la combinaison des facteurs suivants :

Le facteur « accélération » : Internet, RFID, nanotechnologies, etc. Les délais entre la découverte d'un phénomène et sa mise en œuvre technologique se raccourcissent. Le temps séparant une innovation d'une autre, celui séparant le développement d'un prototype et son déploiement industriel, se réduit sans cesse. Dès lors, faire coïncider l'adaptation ou l'interprétation des règles de droit à l'évolution technologique relève de la gageure puisque le temps technologique accélère sans cesse, tandis que le temps juridique demeure lent car il est régi par le rythme des procédures démocratiques.

Le facteur « globalisation » : les délocalisations de traitements de données sont en plein essor au travers du recours croissant des entreprises, mais aussi des administrations, à l'externalisation de certaines tâches (centres d'appel, gestion des clients, traitement de la paye, du contentieux, Internet, offshoring etc.). Dans ce cadre, il s'avère difficile de contrôler les échanges de données, de s'assurer de leur sécurité et de leur bon usage. Cette tendance à la globalisation entre en conflit avec une caractéristique inhérente à la règle de droit, à savoir un champ d'application déterminé, limité à un territoire géographique.

Dans ce cadre globalisé, la nécessité de parvenir à une régulation internationale des flux de données est partagée par tous. **Toutefois, tout comme il existe une concurrence économique, il existe une concurrence entre les systèmes juridiques.** Notre modèle européen et français de protection des données est aujourd'hui concurrencé, menacé, par d'autres formes de régulation, moins contraignantes, moins protectrices. Les chantres de ces nouvelles formes de régulation sont notamment les très grandes entreprises telles que Google ou Microsoft qui promeuvent l'adoption de « standards internationaux » de protection des données.

A l'analyse on observe que ces « standards » risquent d'être aussi flous qu'accommodants et pourraient conduire à un affaiblissement de la protection offerte aux citoyens européens. **Dès lors, la volonté de notre pays d'insérer dans sa Constitution le principe de la protection des données aurait valeur de symbole, symbole d'autant plus fort qu'il serait énoncé au moment où notre pays va accéder à la présidence de l'Union européenne.**

Le facteur « ambivalence » : l'innovation technologique est porteuse de progrès comme de dangers. Les individus sont certes tentés par le confort qu'elle procure mais ils sont peu conscients des risques qu'elle comporte, du moins jusqu'à ce qu'ils en soient victimes et donc qu'il soit trop tard). Nos concitoyens se préoccupent peu de leur traçabilité, de la surveillance

²⁰⁶ Loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement

potentielle de leurs déplacements, de leurs comportements, de leurs relations. Cette ambivalence de la technique est difficile à concilier avec la règle juridique qui doit, par définition, être univoque et prescriptive.

Le facteur « invisibilité » : Le traitement de l'information est de plus en plus « invisible », donc de moins en moins maîtrisable. Cette invisibilité résulte du fait que de plus en plus de fichiers sont réalisés à l'insu des personnes (traçabilité des déplacements physiques dans les transports en commun, des consultations sur Internet, des communications téléphoniques, etc.). Elle résulte également de son extrême miniaturisation. Dans quelques années, avec la mise en œuvre des nanotechnologies, il sera devenu impossible de voir à l'œil nu que la technologie est présente dans un objet qui pourra communiquer à distance avec son serveur. **Dès lors, comment encadrer et contrôler des fichiers s'appuyant sur une technologie invisible ?**

Le facteur « irréversibilité » : Le progrès technologique est irréversible. **Nous ne vivons plus jamais dans un monde sans ordinateurs, sans Internet, sans téléphones portables, sans identification biométrique, sans géolocalisation, sans vidéosurveillance.** Ces technologies tendent au contraire à s'imbriquer les unes dans les autres, et les synergies qu'elles créent sont des plus dangereuses pour nos sociétés et nos libertés individuelles.

On s'aperçoit ainsi que nos instruments juridiques traditionnels sont placés devant un redoutable défi.

Un défi d'ordre normatif

Le développement des législations en matière de sécurité collective, notamment de lutte anti-terroriste, lance un défi à nos sociétés qui doivent en éviter les pièges, ne pas céder aux mirages et combattre les mythes.

Le premier piège est celui de l'engrenage. Ainsi le législateur crée un fichier à un moment donné, dans des circonstances particulières. L'autorité de contrôle est associée à son développement. Ultérieurement, le législateur envisage d'étendre le périmètre de cette base de données – par exemple en élargissant d'abord les catégories de personnes concernées, puis les motifs d'inscription dans le fichier et enfin les catégories de personnes pouvant le consulter.

Les promoteurs de ces modifications successives font valoir, à chaque étape, que l'on ne peut s'opposer à une simple extension d'un fichier dont la création a été préalablement acceptée. Et ainsi de suite... Mais on remarque que, entre la première et la dernière étape du développement d'un fichier, il se sera opéré un glissement remettant en question son équilibre initial. La CNIL n'est, bien entendu, pas compétente pour juger de la légitimité de ces extensions mais elle observe que, du point de vue de la protection de la vie privée et des données personnelles, la sédimentation de ces initiatives peut aboutir à un système susceptible, dans son ensemble, de conduire à une dérive.

Le mirage est celui du « fichier remède miracle ». Il faut désacraliser le caractère supposé infallible du fichier informatique. Si au XX^{ème} siècle, les Gouvernants avaient la tendance à créer une commission dès lors qu'un problème nouveau surgissait, nos Gouvernements éprouvent, de nos jours, la tentation de créer un nouveau fichier afin de répondre à toute nouvelle difficulté sociale ou sécuritaire : « un problème, un fichier » serait-on tenté d'affirmer.

Or, quand de plus en plus de données personnelles sont enregistrées, **les risques d'identification erronée, de données périmées, et donc d'erreurs, augmentent d'autant.** Ceci peut causer de graves préjudices aux personnes, que ce soit pour leur santé, leur capacité à effectuer des choix de vie, leur prospérité, donc leur liberté. Les Anglais en sont pertinemment conscients depuis qu'en novembre 2007, deux CD-Rom contenant la totalité du fichier de l'impôt sur le revenu ont été égarés avec l'ensemble des données financières et d'état civil de toutes les personnes y étant assujetties. **Les dommages causés aux personnes par des faits de cette nature ne sont pas réparables, car irréversibles.**

Le mythe est celui du fichier infallible. Il est présumé que les personnes enregistrées dans une base de données le sont pour une raison valable et fondée. Il en résulte que celles qui figurent dans ces fichiers de manière indue peuvent se retrouver dans une situation inextricable, car tout portera à croire qu'il est impossible d'être dans un fichier, aussi performant technologiquement, sans fondement. La CNIL est quotidiennement confrontée à cette réalité, lorsqu'une inscription dans tel fichier peut conduire des personnes à perdre leur emploi, à ne pas être recrutées ou encore à ne pas être en mesure de créer leur entreprise.

Ainsi il est indispensable, sur le plan éthique et politique, de continuer à affirmer que l'informatique peut être faillible et de proscrire la prise de décision automatisée, tout particulièrement dans des domaines comme la sécurité, la justice ou l'accès à l'emploi.

Face à ces risques, **la France**, qui a été un des premiers pays au monde, en 1978, à protéger légalement les données personnelles, composante du droit au respect de la vie privée, **renouerait avec son passé et se tournerait résolument vers l'avenir en inscrivant ces principes au plus haut niveau de notre hiérarchie des normes.**

II – Le droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles : une valeur juridique législative devant être consacrée dans notre texte constitutionnel

Un fondement législatif

La protection des données personnelles est considérée en France comme un élément indissociable du droit au respect de la vie privée. A ce titre, la loi de 1978, modifiée le 6 août 2004, encadre l'utilisation de l'informatique « *dans le respect des droits fondamentaux, des libertés publiques et de la vie privée* »²⁰⁷. Le droit au respect de la vie privée et ses composantes ont, avant tout, une valeur législative. Ainsi, l'Article 9 du Code civil, issu de la loi du 17 juillet 1970, reconnaît et protège « *le droit au respect de la vie privée* ». Ce droit n'est donc pas cité expressément dans le Préambule de notre Constitution, ni dans le bloc de constitutionnalité. En revanche, le Conseil Constitutionnel a progressivement reconnu sa valeur dans plusieurs décisions.

Une reconnaissance progressive, mais indirecte, par la jurisprudence constitutionnelle

²⁰⁷ Loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée le 6 août 2004

Les premières décisions du Conseil Constitutionnel²⁰⁸ en la matière reconnaissent progressivement et indirectement la valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée et de la protection des données personnelles. Il en est ainsi de la décision du 18 janvier 1995 :

« La prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens et la recherche d'auteurs d'infractions sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits à valeur constitutionnelle. Il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre ces objectifs de valeur constitutionnelle garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile et le droit d'expression collective des idées et des opinions. La méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ».

Par la suite, la valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée a été fondée non plus sur les dispositions de l'Article 66 de la Constitution de 1958, protégeant la liberté individuelle, mais sur celles de l'Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Preuve en est la décision du 23 juillet 1999²⁰⁹ :

« (...) aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le but de toute association politiques est la conservation des droits naturels et imprescriptibles par l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » ; « que la liberté proclamée à cet article implique le respect de la vie privée ».

Aujourd'hui, le Conseil Constitutionnel se fonde régulièrement sur le droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles pour décider de la constitutionnalité de dispositions tendant à la création de fichiers.

A titre d'illustration, la création des fichiers de police judiciaire comme le STIC ou JUDEX²¹⁰, la création du dossier médical personnel²¹¹ ont été analysées sous l'angle du respect de la vie privée et de la proportionnalité du fichier au regard des objectifs poursuivis par le texte de loi.

Le Conseil Constitutionnel a ainsi été amené à examiner de nombreux fichiers dont la création a été prévue par une loi. Font partie de cette catégorie, le fichier national des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS, Décision n°2004-492 du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité), le fichier d'empreintes digitales d'étrangers sollicitant la délivrance de titres de séjours (Décision n°97-389 du 22 avril 1997 relative à la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration) ou encore la consultation par des entités publiques ou privées des fichiers de police judiciaire (Décision n°2003-467 du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure).

²⁰⁸ Décision n°76-75 du 12 janvier 1977 sur la loi autorisant la visite de véhicules en vue de la recherche et la prévention d'infractions pénales et Décision n°94-352 du 18 janvier 1995 sur la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

²⁰⁹ Décision n°99-416 du 23 juillet 1999 sur la loi portant création d'une couverture maladie universelle.

²¹⁰ Décision n°2003-467 du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure

²¹¹ Décision n°2004-504 du 12 août 2004 sur la loi relative à l'assurance maladie

Dans ces espèces, le Conseil a souvent utilisé, comme garantie de légitimité et de légalité du fichier en question, le respect de la loi « Informatique et Libertés ». Il a ainsi considéré que le Législateur n'avait pas dérogé « *aux dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues dans la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* »²¹².

Une nécessité : consacrer expressément le droit à la protection des données dans notre Constitution

Le Conseil Constitutionnel intègre dans ses décisions, la loi « Informatique et Libertés » comme « *protectrice des libertés individuelles* »²¹³. Aussi, cette loi se voit-elle conférer un statut particulier, celui des lois assurant la protection d'un principe de valeur constitutionnelle, à savoir la liberté individuelle, elle-même constitutive d'un principe fondamental garanti par les lois de la République (décision n°76-75 du 12 janvier 1977)²¹⁴.

Dès lors, il serait temps, logique et pertinent, de reconnaître, de manière explicite dans notre Constitution, ce principe devenu un principe de référence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

De surcroît, bien que le droit à la protection des données personnelles soit une composante de celui assurant le respect de la vie privée, il demeure un droit autonome et spécifique qui mérite une reconnaissance particulière.

Ainsi, à titre d'illustration, l'inviolabilité du domicile, composante du droit au respect de la vie privée, a été reconnue comme ayant une valeur constitutionnelle²¹⁵ indépendante de celle de la vie privée.

A l'heure où l'informatique est « partout », fait partie intégrante de notre vie quotidienne, où nos données sont l'essence même de notre identité et de notre personnalité, le droit à leur protection mérite d'être doté de la même valeur juridique que la liberté d'aller et venir, la liberté de culte, la liberté d'expression et tant d'autres libertés individuelles. **Son importance est d'ailleurs d'ores et déjà consacrée par de nombreux textes et instruments internationaux.**

III – Le droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles : un droit largement reconnu et fondé internationalement

Plusieurs textes européens ou internationaux reconnaissent le droit au respect de la vie privée, à la protection des données, en le rapprochant explicitement du respect de la vie familiale, de la liberté du domicile, de l'inviolabilité de la correspondance, et du respect de l'honneur et de la réputation.

212. Décision n°92-316 du 20 janvier 1993 sur la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

213. Décision 92-316 du 20 janvier 1993

214. Décision n°76-75 du 12 janvier 1977 sur la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales

215. Décision du Conseil Constitutionnel du 29 décembre 1983 sur les perquisitions fiscales

Ainsi, dès 1948, la déclaration universelle des droits de l'Homme affirme le droit à la protection de la vie privée). Ce principe est repris par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950 mais aussi par le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 novembre 1966, la convention n°108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données personnelles du 28 janvier 1981. La France ayant ratifié ces conventions elles possèdent, en tant que traités, une valeur supra-législative.

Au niveau communautaire, la Charte des droits fondamentaux de décembre 2002 comprend deux dispositions spécifiques relatives au droit à la protection de la vie privée et des données personnelles. Ainsi, l'article 7 dispose que : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ». Plus spécifiquement, son article 8 stipule que :

« 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.

2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi.

Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.

3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante. »

La valeur contraignante de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été reconnue par l'ensemble des pays membres (sauf le Royaume Uni)²¹⁶. Celle-ci est régulièrement invoquée par les avocats généraux devant la **Cour européenne des droits de l'Homme** et en juillet 2002, la Cour y a fait référence dans un arrêt sur le droit des trans-sexuels de se marier²¹⁷.

Par ailleurs, il doit être souligné que le **traité de Lisbonne** modifiant le traité sur l'Union européenne et celui instituant la Communauté européenne **consacre en ses articles 16 B et 25 B, le droit pour toute personne à la protection des données à caractère personnel la concernant et le contrôle, par des autorités indépendantes, des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard des fichiers.**

IV – Un mouvement européen tendant à la reconnaissance constitutionnelle du droit à la protection des données dont la France ne saurait demeurer à l'écart

A la différence de la France, 22 États membres ont intégré le droit au respect de la vie privée dans leur constitution. Parmi eux, 13 ont d'ores et déjà reconnu le droit à la protection des données personnelles comme principe à valeur constitutionnelle.

Ainsi, en Grèce, au Portugal, en Hollande, en Lituanie, en Slovaquie et en Hongrie, **figurent, dans la Constitution, des dispositions affirmant le droit à la protection des données personnelles. Pour ne citer qu'un seul exemple, l'article 9 A de la constitution grecque dispose que :**

216. Site du premier ministre - Actualités au 23/06/2007

217. Site Europa « Liberté, sécurité, justice » sur la charte des droits fondamentaux

« Chaque individu a le droit d'être protégé contre la collecte, le traitement et l'utilisation, en particulier par voie électronique, de leurs données personnelles, selon des conditions prévues par la loi. La protection des données personnelles est assurée par une autorité indépendante, qui est constituée et fonctionne selon des conditions prévues pas la loi. »

Notre pays, qui fut pionnier en matière de législation « informatique et libertés », ne saurait demeurer à l'écart d'un tel mouvement.

A la veille de la présidence française de l'Union, et alors même que la CNIL a participé activement à la création de l'association francophone des autorités de protection des données personnelles dont elle assume le secrétariat général²¹⁸, il serait particulièrement opportun que notre pays, patrie des droits de l'Homme, reconnaisse cette même valeur fondamentale du droit à la protection des données qui prévaut dans un nombre croissant d'Etats européens.

218. Cette association a été créée le 26 septembre 2007 à Montréal. Son siège est à Paris, dans les locaux de la CNIL

Audition de Madame Marie-Jo Zimmermann, députée de Moselle, présidente de la délégation de l'Assemblée Nationale aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes.

12 juin 2008

Mme Zimmermann rappelle l'amendement dont elle est l'auteur et qui tend à voir insérer, à l'article 34 de la Constitution, un douzième alinéa ainsi rédigé : "La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales", ce texte ayant été voté en première lecture par l'Assemblée Nationale.

Elle rappelle ensuite que l'amendement voté par la commission des lois du Sénat se situe dans le prolongement du sien et vise à déplacer cette disposition à l'article 1er de la Constitution en y insérant un 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. En conséquence, le dernier alinéa de l'article 3 de la Constitution est supprimé".

Mme Zimmermann se déclare très satisfaite de ce passage de l'article 34 à l'article 1er : elle considère que ce dernier texte est le prolongement du Préambule et que la disposition proposée quitte ainsi son statut de règle technique pour prendre celui de règle de fond.

Elle explique les raisons de sa démarche : éviter la censure par le Conseil constitutionnel de dispositions favorisant l'égal accès des hommes et des femmes à des fonctions autres que politiques.

Elle relève qu'après la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999, le législateur a fait preuve de volontarisme pour mettre en oeuvre les dispositions prévues aux articles 3 et 4 de la Constitution : loi du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ; loi du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ; loi du 31 janvier 2007 sur la parité dans les exécutifs locaux.

Elle estime qu'il fallait étendre cette politique volontariste en matière d'accès aux responsabilités professionnelles et sociales, ce qui nécessite une révision constitutionnelle afin d'éviter d'éventuelles censures du Conseil constitutionnel.

Mme Zimmermann considère que la question de la diversité ne doit pas être traitée sur le même plan que la question de l'égalité hommes - femmes, ce afin d'éviter tout amalgame.