

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL GARDIEN DES LIBERTÉS PUBLIQUES ?

**6 MAI 2011
AMPHITHÉÂTRE
EISENMANN
FACULTÉ DE DROIT
PLACE D'ATHÈNES
STRASBOURG**

Colloque organisé par l'Institut de Recherches Carré de Malberg
(Université de Strasbourg, Fédération de recherche CNRS/UDS n°3241)
et l'Institut Michel Villey (Université Paris II, Panthéon-Assas)

Responsables scientifiques : Olivier Beaud (Université Paris II) et Patrick Wachsmann
(Université de Strasbourg), professeurs de droit public

Institut de recherches Carré de Malberg
Institut Michel Villey

*Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception
des libertés publiques ?*

Véronique Champeil-Desplats
Professeure à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Contribution au colloque
Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?

organisé à Strasbourg le 6 mai 2011

Responsables scientifiques
Olivier Beaud et Patrick Wachsmann

Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ?

DRAFT

Véronique Champeil-Desplats,

Professeure à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Il serait tentant de répondre à la question, « le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », rapidement par la négative et de laisser la parole sans plus tarder à son voisin. Mais la plaisanterie n'amuserait sans doute qu'un temps notre noble assemblée. Et, même si la réponse s'avérait finalement négative, encore faudrait-il la démontrer et la justifier, car elle peut en effet avoir deux significations.

Elle peut signifier, d'une part, que le Conseil constitutionnel n'a aucune conception des libertés publiques. Ses décisions en la matière ne configurerait qu'un magma informe, produit impulsif des velléités d'un moment. Elles mettent le lecteur face à une série d'affirmations qu'il peut laisser pour telles ou dont il peut tenter de rechercher un supposé fil conducteur.

Mais une réponse négative à la question de savoir si le Conseil constitutionnel a une conception des libertés publiques peut aussi signifier qu'il n'en a pas qu'une mais plusieurs. Celles-ci peuvent apparaître de façon plus ou moins explicite et cohérente.

A la lecture des décisions du Conseil constitutionnel se référant aux libertés publiques, on est bien tenté de répondre à la question par la négative, mais dans les deux sens à la fois. Oscillant en effet entre la succession de conclusions péremptoires et l'affirmation de constructions prétoriennes, les décisions du Conseil constitutionnel en matière de libertés publiques conduisent à un état des lieux contrasté. Du rien au prétorien, pourrait-on dire...

Le rien inexplicé, ou le peu, entoure la définition des libertés publiques, leurs rapports avec d'autres qualifications des droits et libertés, et le passage de leur invocation aux conclusions des décisions. Une telle approche s'apparente, en quelque sorte, à une approche impressionniste des contours des libertés publiques (I).

Le prétorien constructif caractérise les précisions afférentes au régime des libertés publiques. Le constituant reste en effet peu bavard en ce domaine, se contentant en 1958 d'affirmer que le législateur fixe les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (art. 34 al. 2). Seule la révision constitutionnelle de mars 2003 sur la décentralisation enrichira sur ce point le texte constitutionnel en ajoutant que « les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti » sont exclues du pouvoir expérimental conférées aux collectivités territoriales de la République (art. 72 al. 4) ainsi que des habilitations consenties aux départements et aux régions d'outre-mer pour adopter les lois et règlements nationaux à leurs contraintes particulières (art. 73 al. 6). De même les règles que ces derniers peuvent fixer ne doivent pas porter sur « les garanties des libertés publiques » (art. 73 al. 5). Enfin, « le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques » limite la participation des collectivités d'outre-mer à l'exercice des compétences que l'Etat conserve (art. 74 al. 11). Tandis que le texte de la constitution semble

ainsi s'en tenir à affirmer de façon générale des réserves de loi et la compétence de l'Etat lorsque sont en cause respectivement « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », « les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique » ou le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques », le Conseil constitutionnel a, pour sa part, apporté plusieurs précisions sur le régime constitutionnel des libertés publiques, précisions qui procèdent, cette fois, d'une appréhension expressionniste des libertés publiques (II).

- I. L'approche impressionniste des contours des libertés publiques
- II. L'approche expressionniste du régime des libertés publiques

I. L'approche impressionniste des contours des libertés publiques

Le Conseil constitutionnel ne définit pas les libertés publiques ou ce que seraient « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Il procède à des qualifications et à des appréciations au cas par cas, par touche successives, au gré de ses décisions. Leur rapprochement bout à bout permet de faire ressortir quelques traits saillants, mais ceux-ci ne sont que le produit d'un effort doctrinal de mise en perspective et de reconstruction *a posteriori* d'une cohérence supposée. L'observation vaut à propos tout autant des qualifications dont peuvent faire l'objet les libertés (A), que du passage de la prémisse majeure exprimant une liberté publique particulière ou se référant à l'énoncé de l'art. 34 al. 2 à la conclusion sur la constitutionnalité ou sur le caractère législatif de la disposition examinée (B).

A. L'inexistence de définition par genre et différence : des qualifications au cas par cas

Le Conseil constitutionnel ne livre aucun critère de définition générale des libertés publiques. Leur liste est spécifiée au cas par cas (1), tout comme les autres catégorisations dont peuvent faire l'objet chacune des libertés en question.

1. Les libertés publiques : une liste

Il n'existe pas de définition par spécification du genre et des différences distinctives des libertés publiques dans les décisions du Conseil constitutionnel. Le lecteur doit d'une énumération au cas par cas. Les libertés publiques sont alors les énoncés que le Conseil qualifie de tel au fil de ses décisions sans raisons explicites. Dans les décisions du Conseil constitutionnel, les libertés publiques sont :

- La liberté de communication ou droit de la libre communication¹ et ses déclinaisons : la communication des idées et des informations² la "libre communication des pensées et des

¹ Décisions n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle ; n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications ; n° 201-450 DC du 11 juillet 2001, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel.

² Décision n° 64-27 L du 17 mars 1964, Nature juridique de certaines dispositions des articles 1er, 5, 6, 7 bis et 11 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion-Télévision française, ainsi que de celles de l'article 70 de la loi n° 61-1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962.

opinions"³, la liberté de communication audiovisuelle⁴, la liberté de parler, écrire et imprimer⁵

- le libre exercice de l'activité professionnelle des établissements hospitaliers⁶ ;
- la liberté du commerce et de l'industrie⁷ ;
- la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir et l'inviolabilité du domicile ; la méconnaissance du droit au respect de la vie privée dans la mesure où elle « peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle »⁸ ;
- le droit du médecin de refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse⁹ ;
- la liberté de l'enseignement¹⁰.

Quelles sont les caractéristiques susceptibles d'unir ces droits et libertés ? Ceux-ci portent sur des domaines divers. Concédonsons toutefois que, hormis la clause de conscience du médecin dont la formulation est en l'occurrence liée à un contexte particulier, les droits et libertés énumérés correspondent à des libertés de type individuel classiquement considérées « de première génération ». On observera que certains droits et libertés habituellement présentés au nombre des libertés publiques par la doctrine n'ont jamais expressément ainsi été qualifiés par le Conseil constitutionnel, soit que l'occasion ne lui en ait pas été donnée (la liberté de réunion par exemple), soit qu'elle lui ait été mais qu'il ne l'a pas saisi, alors même qu'il admet par ailleurs la valeur constitutionnelle des droits et libertés en question : liberté d'association¹¹, liberté de manifestation¹².

2. Libertés publiques, droits et libertés constitutionnellement protégés et libertés fondamentales

Le Conseil constitutionnel se montre également peu bavard et fait parfois preuve de confusions - dans les deux sens du terme – lorsqu'il rapporte la notion de liberté publique à d'autres qualifications des droits et libertés.

³ Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé.

⁴ Décision n° 91-304 DC du 15 janvier 1992, Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

⁵ Décisions n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse ; n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française.

⁶ Décision n° 76-88 L du 03 mars 1976, Nature juridique de dispositions de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière (composition des commissions régionales d'hospitalisation)

⁷ Décision n° 81-121 L du 09 mars 1981, Nature juridique des dispositions du deuxième alinéa de l'article 1 du décret n° 55-876 du 30 juin 1955 relatif aux sociétés de développement régional, tel qu'il résulte de l'article 78 de la loi de finances pour 1957 modifié par l'article 7 de la loi de finances rectificative pour 1960.

⁸ Décisions n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité ; n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageur. La vie privée sera ensuite directement présentée comme liberté publique dans la décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.

⁹ Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

¹⁰ Par interprétation systémique des décisions n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales et n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales.

¹¹ Décisions n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 ; n° 81-129 DC du 31 octobre 1981, Loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion.

¹² Décisions n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité ; n° 98-399 DC du 05 mai 1998, sur loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.

D'une part, il lui arrive, en passant d'un considérant à l'autre, ou en répondant aux auteurs de saisines, de changer les qualifications sans explication : ce qui est présenté comme des libertés publiques par les auteurs de saisine devient pour le Conseil constitutionnel des droits et libertés sans qualificatif, des droits et libertés constitutionnellement garantis ou protégés, des droits et libertés de valeur constitutionnelle ou, enfin, des libertés publiques constitutionnellement garanties.

Par exemple dans la décision n° 81-129 DC du 31 octobre 1981 relative à la loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion, les auteurs de la saisine estimaient que l'interdiction faite aux associations bénéficiant d'une dérogation au monopole de recevoir des ressources provenant de la publicité et de diffuser des messages publicitaires portait « atteinte à l'exercice des libertés publiques d'expression et d'association ainsi qu'à la liberté du commerce et de l'industrie ». Le Conseil constitutionnel répond « qu'aucun principe de valeur constitutionnelle ne fait obstacle » à cette interdiction. Dans la décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, relative à la loi sur la communication audiovisuelle, immédiatement après avoir rappelé l'al. 2 de l'art. 34, le Conseil énonce un considérant de principe sur la nécessité de « conciliation de la sauvegarde de l'ordre public avec ce qui est nécessaire à garantir l'exercice d'une liberté », sans qualificatif, pour se référer ensuite, sans non plus s'attarder sur les qualifications, à la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'art. 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹³.

D'autre part, le Conseil constitutionnel intègre certaines libertés publiques dans des catégories non expressément prévues par les textes constitutionnels et qu'il façonne progressivement. On le sait, les qualifications des droits et libertés font l'objet depuis les années 1990 d'intérêts et d'enjeux nouveaux. Les décisions du Conseil constitutionnel n'y sont pas étrangères. Celles-ci ont, à partir du début des années 1980, contribué à semer le trouble tout particulièrement en qualifiant de façon prétorienne des droits et libertés constitutionnels de fondamentaux.

Deux séries de questions s'imposent alors :

a) Le Conseil constitutionnel peut-il estimer que des libertés publiques sont des droits et libertés de valeur constitutionnelle ? Le cas échéant, le sont-elles toutes ?

b) Le Conseil constitutionnel peut-il estimer que des libertés publiques sont des droits et libertés constitutionnels fondamentaux ? Le cas échéant, le sont-elles toutes ?

S'agissant de la première série de question, la réponse est simple : les libertés publiques peuvent être des droits et libertés de valeur constitutionnelle, mais toutes ne semblent pas l'être pas. C'est ce que suggère la référence faite par le Conseil constitutionnel aux « libertés publiques constitutionnellement garanties »¹⁴. S'il existe des libertés publiques constitutionnellement garanties, c'est qu'il en existerait donc qui ne le seraient pas.

¹³ Idem pour les décisions n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances ; n° 86-216 DC du 03 septembre 1986, Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ; voir aussi décisions n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales, n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication ; n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications ; n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S.

¹⁴ Voir par exemple, décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité

Ont ainsi été expressément qualifiées comme étant des libertés publiques constitutionnellement garanties :

- la libre communication des pensées et des opinions¹⁵,
- la liberté de communication et la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer¹⁶,
- la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile¹⁷,
- l'inviolabilité du domicile¹⁸,
- la vie privée¹⁹.

A la lecture de cette nouvelle liste et en précisant que le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur toutes les libertés publiques, on peut se demander quelles libertés publiques n'ont finalement pas une valeur constitutionnelle²⁰.

S'agissant maintenant de la qualification de libertés fondamentales, la réponse est identique mais présente aujourd'hui moins d'actualité. Les libertés publiques ont pu être qualifiées de libertés fondamentales, mais toutes ne l'ont pas été. Le Conseil a considéré comme fondamentales la liberté de communication et la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer²¹. Il s'est également référé aux libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République parmi lesquels il fait figurer la liberté d'aller et venir, laquelle n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter, et la liberté du mariage²².

Il reste que cette qualification a fait long feu. Le Conseil l'a, à la fin des années 1990,

¹⁵ Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé.

¹⁶ Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.

¹⁷ Décisions n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité ; n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageur.

¹⁸ Décision n° 96-377 DC 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 comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

¹⁹ Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.

²⁰ Signalons que la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 introduit une petite complication dans les rapports entretenus entre les libertés publiques et leur valeur constitutionnelle. L'art. 72 al. 4 de la constitution prévoit en effet dorénavant que « Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». La formule est semblable à l'art. 73 al. 6 s'agissant des départements et des régions d'outre-mer : « Les habilitations prévues aux deuxième et troisième alinéas sont décidées, à la demande de la collectivité concernée, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Elles ne peuvent intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ».

Selon l'interprétation donnée à la conjonction « ou », *i.e.* selon qu'on lui donne un sens exclusif ou inclusif, l'énoncé peut être interprété comme dissociant la notion de liberté publique de celle d'un droit constitutionnel garanti ou comme pouvant les associer. Pour le moment, le Conseil n'a pas pris de position explicite sur cette question. Il semble à la lecture des quelques décisions qui s'y rapporte qu'il interprète le « ou » de façon inclusive.

²¹ Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.

²² Décisions n° 93-325 du 13 août 1993 ; n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.

délaissé, notamment parce qu'elle était associée à « l'effet cliquet » (*infra*).

B. De la prémisse majeure à la conclusion : l'évidence

Des interrogations comparables entourent le passage de la référence faite par le Conseil constitutionnel à une liberté publique ou à l'énoncé de l'art. 34 al 2. à ses conclusions. A la lecture globale des décisions en la matière, le lecteur est laissé devant un tableau aux contours incertains. Des grands traits se dégagent sans que l'on puisse toujours déterminer ou percevoir ce qui les relie. Concédonsons qu'il existe des cas dans lesquels une appréhension immédiate des dispositions législatives fondée sur un sens commun conventionnellement admis - par la communauté des juristes ajouterait D. Rousseau – ainsi que la connaissance même sommaire des conséquences habituellement liées aux dispositions constitutionnelles par le Conseil tend à se ranger du côté de son appréciation, tant les arguments des auteurs de saisine apparaissent parfois alambiqués et désespérés.

Mais dans des cas qui restent nombreux, l'affirmation non étayée, notamment dans le cadre du contrôle exercé au titre de l'art. 37 al. 2, de ce que tel énoncé inscrit dans un texte législatif n'affecte pas « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »²³, et ressort donc du domaine du règlement, ou le rejet par une simple phrase des allégations des auteurs de saisine s'imposent moins au sens commun même savant. Un minimum d'explications ne serait pas superflu pour saisir, même vaguement, les conceptions des libertés publiques qui animent notre Conseil.

Il arrive ainsi fréquemment au Conseil de se référer à l'énoncé de l'art. 34 al. 2 comme un fondement générique auto-suffisant. Il conclut au caractère législatif ou non de la disposition dans le cadre d'une saisine au titre de l'art. 37 al. 2 ou sur son caractère constitutionnel s'agissant d'une saisine au titre de l'art. 61 al. 2, sans préciser la liberté publique en cause. Il joue alors sur l'effet d'évidence et d'autorité qu'est supposé accompagner le raisonnement non étayé d'une instance décisionnelle suprême. Les exemples seraient nombreux. N'en présentons que quelques uns.

Dans la décision^o 67-44 L du 27 février 1967, Nature juridique de diverses dispositions des titres I et II du Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme, après avoir fait référence à l'art. 34 al 2, le Conseil affirme « que les dispositions de l'article L29 du Code des débits de boissons, telles qu'elles résultent de l'ordonnance du 7 janvier 1959, ont pour objet d'interdire à toute personne physique ou morale de posséder ou d'exploiter plus d'un débit de boissons ; que de telles dispositions portent atteinte aux règles et aux principes fondamentaux susénoncés ; que, par suite, elles relèvent du domaine de la loi ». Pourquoi pas, mais de quelles libertés est-il question ? Ici d'ailleurs, comme dans d'autres décisions, le cheminement du raisonnement apparaît comme d'autant plus évanescent que le Conseil énonce conjointement deux prémisses majeures fondant la compétence législative à savoir l'al. 2 de l'art. 34 et l'al. 4 du même article selon lequel la loi détermine les « principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales »²⁴. Plusieurs autres

²³ Décision n° 63-25 L du 30 juillet 1963, nature juridique de l'article 1er de l'ordonnance n° 58-1238 du 17 décembre 1958 modifiant le Code des douanes.

²⁴ Même observation, quelques années plus tard, sur le même sujet. Après avoir cité les al. 2 et 4 de l'art. 34 de la Constitution, le Conseil conclut que « sur le fondement de ces dispositions, il appartient au législateur de déterminer les cas dans lesquels la propagande ou la publicité en faveur des boissons alcooliques peut être autorisée ; qu'il revient cependant au pouvoir réglementaire de mettre en œuvre, s'il y a lieu, les dispositions de la loi à la condition de ne pas en altérer la portée », décision n° 90-283 DC du 08 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme. Sur le caractère succinct et non étayés des raisonnements en matière de libertés publiques, voir aussi décisions n° 87-149 L du 20 février 1987 ; n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Loi

décisions pourraient être également prises en illustration. On signalera tout particulièrement la sécheresse de la réponse du Conseil constitutionnel aux auteurs de saisine qui soutenaient, de façon certes rapide et sans doute quelque peu décalée, que certaines dispositions de la loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, remettaient notamment « en cause une situation existante relative à l'exercice d'une liberté publique ». Le Conseil répond : « le fait pour le législateur de modifier des stipulations contractuelles relatives aux droits et obligations des acquéreurs d'actions des sociétés privatisées est sans rapport avec l'organisation de l'exercice d'une liberté publique ; qu'ainsi, l'argument tiré de ce que la loi déferée mettrait en cause une situation existante intéressant une liberté publique est dénué de pertinence »²⁵.

Ces passages rapides de la prémisse majeure à la conclusion rend difficile la détermination de la conception des garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques qui décide le Conseil a estimé que le législateur est compétent ou non, ou qu'il pouvait légiférer comme il l'a fait. L'observation est d'autant plus vraie lorsque le Conseil procède par addition de citations faisant office de prémisse majeure. Il accompagne alors sans explication le rappel de l'art. 34 al. 2. de la référence à d'autres énoncés du texte constitutionnel et en tire une conclusion. On ne sait alors quelle part joue exactement l'art. 34 al. 2 dans la solution retenue.

Par exemple, pour déclarer constitutionnelles les règles « interdisant le cumul de pensions de retraite et de certaines activités et qui prévoient « que le cumul d'une pension et d'une activité salariée, dans les cas où il est autorisé, donne lieu à une contribution de solidarité assise sur les salaires », le Conseil se fonde sur l'al. 2 de l'art. 34 et celui selon lequel la loi « détermine les principes fondamentaux du droit du travail »²⁶. De même, dans la décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, quatre énoncés constitutionnels fondent la décision d'incompétence négative du législateur, « l'article 7 de la Charte de l'environnement, le droit de toute personne d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques s'exerce « dans les conditions et les limites définies par la loi » ; « l'article 34 de la Constitution : « La loi fixe les règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » et « la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables » ; qu'elle détermine les principes fondamentaux « de la préservation de l'environnement ».

Force est ainsi de constater qu'il existe souvent un grand écart entre, d'un côté, la généralité des considérants de principe et, d'un autre côté, les conclusions portées sur le caractère législatif de dispositions exprimant des points parfois très techniques ou sur la constitutionnalité des dispositions législatives.

Difficiles à caractériser matériellement, les libertés publiques s'appréhendent dans les décisions du Conseil constitutionnel plus aisément sous l'angle de leur régime.

autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et sociales ; n° 89-259 DC du 26 juillet 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; n° 2002-460 DC du 22 août 2002, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure ; n° 2005-198 L du 03 mars 2005.

²⁵ Décision n° 89-254 DC du 04 juillet 1989 sur la loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations.

²⁶ Décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983, Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse ; même type de raisonnement dans la décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité.

II. L'approche expressionniste du régime des libertés publiques

S'appuyant à l'envi sur une réitération littérale de l'énoncé de l'art. 34 al. 2. de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne cesse de rappeler l'existence de la compétence du législateur pour fixer les règles concernant « les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Comme on vient de le souligner, que ce soit lorsqu'il est saisi au titre de l'article 37 al. 2 ou lorsqu'il se prononce sur l'incompétence négative du législateur, il conclut souvent sur ce point sans argumentation spéciale. Mais, si énoncé du texte constitutionnel à l'appui, le Conseil constitutionnel promeut une conception légicentriste du régime des libertés publiques, il joue aussi un rôle d'encadrement et de délimitation de l'intervention législative en la matière. Le rappel que le législateur est compétent pour fixer les « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » doit en effet aussi se lire en creux ou en négatif, à savoir qu'en matière de libertés publiques le législateur n'est pas la seule autorité compétente et qu'il n'est pas maître de tout. D'un côté, – pardonnons ces nécessaires lapalissades - le législateur n'est plus compétent dès lors que « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ne sont pas en jeu, mais il doit nécessairement l'être dès lors qu'elles le sont. Le Conseil détermine lui-même ce qui constitue une garantie fondamentale et donc l'étendue du domaine de compétence du législateur (A). D'un autre côté, le Conseil contrôle aussi la façon dont, sur le fond, le législateur intervient. Le législateur ne peut tout faire. Le Conseil contrôle le contenu de l'exercice de sa compétence dans un sens qui tend à limiter le régime des libertés publiques (B).

A. L'étendue la compétence législative en matière de libertés publiques : le constitutif et le commun

Le Conseil constitutionnel affirme la compétence législative en matière « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », tout autant face au pouvoir réglementaire national (1) que face aux collectivités territoriales (2).

1. La compétence législative face au pouvoir réglementaire national

Lorsque le Conseil se prononce sur la répartition des compétences en matière de libertés publiques, il précise au législateur ce qu'il peut prévoir sans excéder sa compétence a), mais aussi ce qu'il doit prévoir pour ne pas rester en deçà b).

a) Ce que le texte législatif peut fixer sans excès de compétence

Saisi au titre de l'art. 37 al. 2 pour délimiter les compétences du législateur et du pouvoir réglementaire en matière de libertés publiques, le Conseil constitutionnel oppose souvent la fixation ses règles constitutives d'institutions qui mettent en œuvre, contrôlent ou exercent des missions qui ont des effets sur les libertés publiques, aux règles constituant des modalités d'aménagement, des mesures d'application ou d'exécution des libertés²⁷. Les premières

²⁷ Décisions n° 64-27 L du 17 mars 1964, Nature juridique de certaines dispositions des articles 1er, 5, 6, 7 bis et 11 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion-Télévision française, ainsi que de celles de l'article 70 de la loi n° 61-1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962 ; n° 68-50 L du 30 janvier 1968 ; n° 68-51 L du 04 avril 1968 ; n° 91-304 DC du 15 janvier 1992, Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

relèvent de la compétence législative, les secondes du pouvoir réglementaire.

Le Conseil a d'abord construit cette délimitation à propos des établissements publics en matière audiovisuelle²⁸. Il l'a ensuite étendu à l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations²⁹, à l'Institut national de l'audiovisuel³⁰, aux règles de composition des commissions régionales d'hospitalisation³¹, aux règles de procédures devant la Cour de discipline budgétaire et financière³², à la détermination de la procédure applicable devant les juridictions administratives³³, à la « désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement en matière audiovisuelle »³⁴.

Si une telle délimitation des compétences s'effectue de façon le plus souvent très rapide, par le passage d'une prémisse majeure constituée de la réitération de l'énoncé de l'art. 34 al. 2 auquel sont parfois associés d'autres alinéas du même article à la conclusion sur l'organe compétent (*supra*), le Conseil constitutionnel fait état d'un peu plus d'attention et de

Voir aussi, la solution retenue s'agissant de l'organisation des referenda dont il revient, selon le Conseil constitutionnel, en vertu de l'art. 34 al. 2 au pouvoir réglementaire de fixer les « modalités d'exécution » en l'absence des dispositions législatives nécessaires : décisions Pasqua du 06 septembre 2000 ; Hauchemaille du 06 septembre 2000 ; Génération Écologie du 07 avril 2005 ; Hauchemaille, Meyet du 24 mars 2005.

²⁸ Décisions n° 64-27 L du 17 mars 1964, *précit.* ; n° 68-50 L du 30 janvier 1968 : Parce que l'ORTF « a pour objet notamment la communication des idées et des informations », qu'elle intéresse ainsi une des libertés publiques dont les garanties fondamentales relèvent de la disposition précitée de l'article 34 » et qu'il lui est conféré un « monopole des émissions », le Conseil considère qu'elle « constitue, à elle seule, une catégorie d'établissement public sans équivalent sur le plan national ; que, dès lors, le législateur est seul compétent pour fixer ses règles de création, lesquelles comprennent nécessairement ses règles constitutives ». Il ajoute « qu'au nombre de ces dernières, il y a lieu de ranger, non seulement celles qui déterminent les rapports de la Radiodiffusion-Télévision Française avec l'État, mais encore, (...) les règles qui fixent le cadre général de son organisation et de son fonctionnement » : rapport avec les autorités de tutelles, règles de surveillance, d'autorité et de contrôle financier. Les autres dispositions sont de nature réglementaires.

²⁹ Décision n° 2008-214 L du 04 décembre 2008, Nature juridique de la dénomination "Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations" : « les dispositions de forme législative » qui se bornent à dénommer un établissement public de l'État » ne mettent en cause ni les règles concernant "les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques" ou "la création de catégories d'établissements publics" ; elles sont donc de nature réglementaire ».

³⁰ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication : « la modification des règles juridiques concernant la composition des conseils d'administration des sociétés nationales de programme et de l'Institut national de l'audiovisuel, qui résulte des articles 47 et 50 de la loi, n'a pas pour effet de priver de garanties légales des exigences de valeur constitutionnelle »

³¹ Eu égard au pouvoir conféré aux commissions régionales d'hospitalisation dans l'exercice de la profession, « la composition de celles-ci constitue une garantie essentielle pour le libre exercice de l'activité professionnelle des établissements dont elles sont appelées à confirmer ou à infirmer les décisions de suspension », décision n° 76-88 L du 03 mars 1976, Nature juridique de dispositions de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière.

³² « Ne concernent ni les règles constitutives de cette juridiction, ni la procédure pénale au sens de l'article 34 de la Constitution, ni les garanties fondamentales accordées tant aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques qu'aux fonctionnaires civils et militaires ; qu'elles relèvent, par suite, de la compétence du pouvoir réglementaire ; qu'il en est ainsi notamment de la publicité de l'audience », décision n° 2005-198 L du 03 mars 2005.

³³ « Les dispositions de la procédure applicable devant les juridictions administratives relèvent de la compétence réglementaire dès lors qu'elles ne mettent en cause aucune des matières réservées au législateur par l'article 34 de la Constitution » : décision n° 2010-54 QPC du 14 octobre 2010, Union syndicale des magistrats administratifs.

³⁴ « La désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement en matière audiovisuelle pour exercer une attribution aussi importante au regard de la liberté de communication que celle d'autoriser l'exploitation du service radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique et relève de la compétence exclusive du législateur », décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé.

justifications s'agissant de l'examen de l'incompétence négative du législateur.

b) Ce que le législateur doit fixer : l'incompétence négative du législateur et précision de la loi

Le Conseil constitutionnel déploie une jurisprudence substantielle sur ce que le législateur est dans l'obligation de prévoir lorsqu'il intervient en matière de garantie fondamentale pour l'exercice des libertés publiques. Il précise ce que, d'un côté, le législateur ne peut laisser à l'appréciation du pouvoir réglementaire ou d'une autre autorité d'application à peine de méconnaître sa compétence. Il détermine, d'un autre côté, ce qu'il doit fixer de façon suffisamment claire et précise pour ne pas risquer de porter atteinte aux garanties fondamentales des libertés publiques.

Ainsi, lorsqu'il examine la question d'une éventuelle incompétence négative, le Conseil commence régulièrement par rappeler qu'il appartient au législateur de « fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » tandis que « que ressortit à la compétence du pouvoir réglementaire la détermination des mesures d'application des règles posées par le législateur »³⁵ ou que relève du pouvoir exécutif « la mise en œuvre des garanties déterminées par le législateur »³⁶. Ou encore, il peut affirmer que si l'art. 34 al. 2 n'interdit pas au législateur de déléguer la mise en œuvre de « la sauvegarde des droits et des libertés constitutionnellement garantis », au pouvoir réglementaire, « il doit toutefois déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires »³⁷.

Fort de ces considérants de principe généraux, le Conseil procède ensuite à un examen plus ou moins long³⁸ des dispositions contestées pour déterminer si le législateur a ou non méconnu l'étendue de sa compétence. Mais les critères qui déterminent l'appréciation du Conseil restent très peu explicités.

Par exemple, le Conseil a pu considérer que le législateur ne peut renvoyer « au décret le soin de fixer les limites maximales d'un réseau câblé support des services radio-télévisés offerts au public dont l'exploitation est autorisée par la Haute Autorité de la communication audiovisuelle »³⁹, ou qu'il ne peut confier à une autorité administrative, en l'occurrence le « Comité supérieur de la télématique le soin d'élaborer et de proposer à l'adoption du Conseil supérieur de l'audiovisuel, auprès duquel il est placé, des recommandations propres à assurer le respect par certains services de communication de règles déontologiques, sans fixer à la détermination de ces recommandations, au regard desquelles des avis susceptibles d'avoir des incidences pénales pourront être émis, d'autres limites que celles, de caractère très général, résultant de l'article 1er de la loi susvisée du 30 septembre 1986 »⁴⁰. De même, il ne peut

³⁵ Décisions n° 91-304 DC du 15 janvier 1992, Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel.

³⁶ Décision n° 2003-485 DC du 04 décembre 2003, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.

³⁷ Décisions n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications ; n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet.

³⁸ Par exemple, avant de conclure que le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence en matière de liberté individuelle, le Conseil examine les conditions procédurales précises d'encadrement des contrôles de véhicules, décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.

³⁹ Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé

⁴⁰ Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Loi de réglementation des télécommunications.

renvoyer à l'appréciation du ministre de l'intérieur la liste des associations à but non lucratif à vocation humanitaire « qui apportent, conformément à leur objet, aide et assistance à un étranger séjournant irrégulièrement en France » et qui ne peuvent ainsi être poursuivies du délit d'aide au séjour irrégulier⁴¹.

En revanche, « il est loisible au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de confier à une autorité administrative indépendante des pouvoirs d'appréciation dans le cadre des conditions et précisions qu'il édicte ; qu'il lui appartient toutefois d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »⁴². Dans la décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 précitée, il précise à ce titre « que les dispositions de l'article 21 de la Constitution, qui confient au Premier ministre le soin d'assurer l'exécution des lois et, sous réserve des dispositions de l'article 13, d'exercer le pouvoir réglementaire, ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité publique autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant la mise en œuvre des principes posés par la loi, pourvu que cette habilitation ne concerne que des mesures limitées tant par leur champ d'application que par leur contenu ; qu'une telle attribution de compétence n'a pas pour effet de dispenser l'autorité réglementaire du respect des exigences constitutionnelles ». De même, il est possible au législateur de charger « le conseil d'administration de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides d'arrêter, au vu de leur situation effective, la liste des pays » d'origine sûr, dès lorsqu'il a donné une définition de cette notion. Pourtant pour être généreuse, cette définition n'est pas moins très générale puisqu'aux termes de la loi, un pays est considéré comme pays d'origine sûr « s'il veille au respect des principes de la liberté, de la démocratie et de l'Etat de droit, ainsi que des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁴³.

On relèvera incidemment que le Conseil fait montre d'une attention particulière au statut du silence et de l'implicite en matière de libertés publiques, dès lors que ceux-ci ont pour effet d'en précariser l'exercice. Ainsi, pour le Conseil, prive de garanties légales des principes constitutionnels le fait que l'autorisation sollicitée d'installation d'un système de vidéosurveillance « est réputée acquise à défaut de réponse dans un délai de quatre mois ». Si le Conseil admet que le législateur « peut déroger au principe général selon lequel le silence de l'administration pendant un délai déterminé vaut rejet d'une demande », « toutefois compte tenu des risques que peut comporter pour la liberté individuelle l'installation de systèmes de vidéosurveillance, il ne peut subordonner à la diligence de l'autorité administrative l'autorisation d'installer de tels systèmes sans priver alors de garanties légales les principes constitutionnels ci-dessus rappelés »⁴⁴. De même, dans la décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 sur la Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, si le Conseil admet la constitutionnalité des motifs de refus de validation des attestations d'accueil des étrangers, c'est après avoir vérifié que la loi « fixe à un mois le délai dans lequel le maire, comme le cas échéant le préfet, doivent se prononcer de façon explicite ou implicite ». Il estime alors que, si la loi « prévoit qu'en cas de refus de l'hébergeant de faire visiter son logement, les conditions normales de logement sont réputées ne pas être remplies, elle précise que le refus doit résulter d'une manifestation non équivoque de volonté ». Semble donc affecter les garanties fondamentales d'exercice des libertés

⁴¹ Décision n° 98-399 DC du 05 mai 1998, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile

⁴² Décision 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.

⁴³ Décision n° 2003-485 DC du 04 décembre 2003, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.

⁴⁴ Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

publiques certaines possibilités laissées par le législateur aux autorités administratives d'adopter implicitement ou de façon équivoque des décisions défavorables ou les limitant.

Enfin, la précision des dispositions législatives, notamment s'agissant des procédures limitant ou encadrant l'exercice des libertés publiques, constitue également pour le Conseil une condition de la constitutionnalité des lois en ce domaine. A partir de quand toutefois la précision fait-elle défaut et son absence devient-elle liberticide ? Le Conseil constitutionnel envisage le problème au cas par cas.

Ainsi, par exemple le Conseil a considéré qu'en limitant la communication aux renseignements nécessaires à l'exercice du contrôle des structures des exploitations agricoles, et en prévoyant que celle-ci « sera faite dans des conditions qui seront précisées par un décret pris après avis de la commission nationale Informatique et Libertés », le législateur a posé des garanties, qui ne sont pas trop générales⁴⁵. A l'inverse, s'agissant des OGM, « en se bornant à renvoyer de manière générale au pouvoir réglementaire le soin de fixer la liste des informations qui ne peuvent en aucun cas demeurer confidentielles, le législateur a, eu égard à l'atteinte portée aux secrets protégés, méconnu l'étendue de sa compétence »⁴⁶.

En matière de liberté de communication, le Conseil procède à un contrôle minutieux des dispositifs de sanctions administratives⁴⁷ ou des politiques de concentration, en traquant les imprécisions et énonçant au besoin des réserves d'interprétation destinées à remédier à ce qu'il estime être les obscurités, les implicites ou la généralité du texte⁴⁸. Il témoigne d'un même soin s'agissant de la définition des conditions d'autorisation et d'exploitation des systèmes de vidéosurveillance⁴⁹, ou des critères de sélection, de conservation, de cession et de partage d'informations nominatives portant sur la commission d'infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté par des personnes morales de droit privé⁵⁰.

2. La compétence législative face aux collectivités territoriales

Le Conseil constitutionnel l'a, sous des formulations variées, maintes fois répété, les garanties d'exercice d'une liberté publique doivent être les mêmes sur l'ensemble du territoire. Dès 1985, il affirme que « si le principe de libre administration des collectivités territoriales à valeur constitutionnelle, il ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire »⁵¹. Il reprend cette position de principe presque à la lettre, à propos de la liberté de l'enseignement, neuf années plus tard à l'occasion de l'examen de la loi réformant la loi Falloux⁵², ou comme limite encadrant le statut particulier de la Corse au sein de la

⁴⁵ Décision n° 84-172 DC du 26 juillet 1984 Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage.

⁴⁶ Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés.

⁴⁷ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

⁴⁸ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication.

⁴⁹ Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

⁵⁰ 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 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure.

⁵¹ Décision, n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales.

⁵² Décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales.

République⁵³.

Mais c'est surtout la Polynésie française qui a sur ce point procuré le plus de travail au Conseil constitutionnel et lui a donné l'occasion d'affirmer des principes qui inspireront fortement le constituant lors de la révision du 28 mars 2003.

Ainsi, dès 1996, le Conseil constitutionnel affirmait à l'encontre du 7° de l'article 6 de la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française qui réservait la compétence à l'État aux « garanties fondamentales des libertés publiques » que, « ni le principe de libre administration des collectivités territoriales ni la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'Outre-mer ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et par suite l'ensemble des garanties que celles-ci comportent, dépendent des décisions de collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République » ; « le législateur ne pouvait dès lors limiter la compétence de l'État aux seules garanties fondamentales des libertés publiques ». En conséquence, le Conseil constitutionnel déclare « contraire à la Constitution le mot "fondamentales", dans le texte du 7° de l'article 6 de la loi organique ». Il censurait également des aménagements en matière pénale, en considérant que « la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'Outre-mer ne saurait conduire le législateur à doter les autorités du territoire de la Polynésie française du pouvoir de fixer les règles afférentes à la recherche des preuves des infractions aux réglementations territoriales et des auteurs desdites infractions, mesures de nature à affecter la liberté individuelle, dès lors que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques doivent être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République »⁵⁴. Il procède à ce rappel dans la décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001 portant sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. Si le Conseil admet que la santé publique et sa mise en œuvre relève de la compétence du territoire de la Polynésie, en revanche, il n'hésite pas à requalifier certaines dispositions du Code de la santé publique en estimant qu'elles se rattachent avant tout « au droit des personnes et donc au droit civil » ou « aux garanties des libertés publiques ». A ce titre, elles ressortent de la compétence de l'État, et le législateur était donc compétent. Cela était en l'occurrence le cas du droit du médecin de refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse et de l'encadrement procédural qui accompagne ce refus.

La révision constitutionnelle en matière de décentralisation a conforté cette approche. Nombre de transferts de compétence ou d'habilitation accordés aux collectivités territoriales ou ultra-marines ne peuvent affecter « les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti » (art. 72 al. 4 s'agissant du pouvoir expérimental des collectivités territoriales), les « garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques » (art. 74 al 11), les garanties des libertés publiques (art. 73 al. 5). De même, « le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques » limite la participation des collectivités d'outre-mer à l'exercice des compétences que l'État conserve (art. 74 al. 11).

Le Conseil exerce un contrôle attentif sur ces questions. Dans la décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004 relative à loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, il vérifie par exemple que les compétences de la Polynésie en matière de sanction administrative respectent les limites dues « aux conditions essentielles d'exercice des libertés publiques ». Il estime que c'est le cas en l'espèce « du fait du renvoi qui est opéré aux limites fixées par la législation analogue applicable en métropole et, s'agissant des dispositions fixant des peines d'emprisonnement, de l'homologation préalable par le législateur de telles dispositions ». Il en

⁵³ Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, Loi relative à la Corse.

⁵⁴ Décision n° 96-373 DC du 09 avril 1996.

est de même s'agissant « des dispositions permettant aux agents et fonctionnaires assermentés de la Polynésie française de rechercher et de constater les infractions » aux lois du pays dans la mesure où ceux-ci agissent « dans les mêmes limites et conditions que celles fixées par la législation analogue applicable en métropole à la matière considérée et notamment sous le contrôle de l'autorité judiciaire ». En revanche, il déclare inconstitutionnelle la procédure prévue d'adoption des lois du pays car elle aurait permis « à l'assemblée de la Polynésie française d'édicter, sans y avoir été préalablement autorisée par le Parlement, des normes relevant de la compétence législative de l'État ». Le Conseil estime en particulier que « l'intervention d'un simple décret ne saurait permettre à cette collectivité de modifier, pour une durée pouvant aller jusqu'à dix huit-mois, des dispositions qui restent de la compétence de l'État et qui, pour la plupart, touchent à la souveraineté de celui-ci ou à l'exercice des libertés publiques ».

Le Conseil constitutionnel fait donc preuve d'une conception très étatique du régime des libertés publiques. La compétence de l'État et, en particulier du législateur, lui apparaît essentielle pour que les garanties fondamentales accordées aux citoyens en matière de libertés publiques soient identiques sur l'ensemble du territoire.

B. Le contenu de l'exercice de la compétence législative en matière de libertés publiques et ses limites constitutionnelles

Selon le Conseil constitutionnel, même lorsqu'il est *rationae materiae* compétent, le législateur est confronté au respect de certaines exigences constitutionnelles de fond. On ne peut qu'être frappé par le fait que la plupart de ces exigences ne sont pas formulées dans le texte constitutionnel en tant que telles, ou le ne sont pas avec la systématisme et la précision que leur confère le Conseil constitutionnel. Ces exigences sont relatives à l'intervention du législateur dans le temps et ont pu avoir un effet protecteur pour l'exercice des libertés publiques (1). Mais elles s'expriment aussi par des énoncés limitatifs de l'exercice des libertés publiques (2).

1. Le législateur et les libertés publiques dans le temps

L'étendue que le Conseil constitutionnel consent au pouvoir du législateur en matière de libertés publiques dans le temps a quelque peu varié. Cette variation est étroitement liée au sort de la catégorie des droits et libertés fondamentaux à laquelle était associé le fameux « effet cliquet ». Pendant un temps, du début des années 1980 à la fin des années 1990, lorsque le Conseil estimait qu'une liberté publique constituait une liberté fondamentale constitutionnellement protégée, le législateur ne pouvait restreindre son niveau de garantie.

Mais cette jurisprudence a progressivement été abandonnée. Elle a connu un coup d'arrêt revendiqué sous la présidence de Pierre Mazeaud, même si ce dernier a pu affirmer que ce coup d'arrêt l'aurait précédé : « En matière de libertés publiques », confie-t-il en 2005 à Erevan, « le Conseil a en effet renoncé à la tentation d'instaurer une règle générale de 'non retour en arrière'. Cette règle avait été pourtant énoncée en matière de protection de la liberté de communication, mais le Conseil l'a abandonnée, dans ce domaine, dès 1986 et ne l'a appliqué qu'une fois par la suite, dans un domaine différent »⁵⁵. Il semble toutefois que l'affirmation grossisse quelque peu le trait. La décision du 13 août 1993 avait en effet enrichi la catégorie des droits et libertés fondamentales constitutionnellement garanties de plusieurs droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire⁵⁶. Par ailleurs, quand bien

⁵⁵ P. Mazeaud, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Erevan, 2005, site du Conseil constitutionnel.

⁵⁶ Décisions n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984 ; n° 93-325 DC, 13 août 1993 ; dn° 94-345 DC, 29 juillet

même l'effet cliquet n'aurait concerné qu'une ou deux libertés, cela n'interdit pas une extension nouvelle pour l'avenir. Que cette extension se fasse prudemment semble même une condition de l'efficacité dudit effet. Pour qu'un régime de protection renforcé instituant une quasi-hiérarchie matérielle reste opérationnel, il convient de n'y recourir qu'avec modération et ne pas l'étendre à l'ensemble des droits et libertés.

Quoi qu'il en soit, le Président P. Mazeaud fait, à juste titre, état de ce que « La jurisprudence du Conseil est donc désormais bien fixée, en ce sens qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Ce pouvoir n'est certes pas sans limite, mais la seule exigence posée par le Conseil est que le législateur 'ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles' ». Deux principales raisons sont alors avancées pour justifier l'abandon de l'effet cliquet :

La première raison est « l'application stricte de 'l'effet cliquet' aurait eu pour conséquence que la législation aurait du être toujours plus protectrice à l'égard de nombreux principes et que chaque avancée législative aurait été constitutionnalisée. Ce mécanisme n'aurait pu se réaliser qu'au détriment d'autres droits ou d'autres exigences de valeur constitutionnelle tout aussi éminents, mais dont la protection législative n'a pas encore connu un développement équivalent ». On peut toutefois nuancer ce tort causé aux protections législatives les plus récentes. En effet, d'un côté, il est logiquement possible d'envisager que l'accroissement du niveau protection d'un droit et liberté se réalise sans abaisser automatiquement le niveau de protection d'un autre. D'un autre côté, le considérant de principe affirmant l'effet cliquet avait prévu la possibilité d'une conciliation avec d'autres droits ou exigences de valeur constitutionnelle :

« s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »⁵⁷. De même : « si le législateur peut, s'agissant de l'entrée et du séjour des étrangers, prendre des dispositions spécifiques destinées notamment à assurer la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, il lui appartient de concilier cet objectif avec le respect des libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que figurent parmi ces droits et libertés, la liberté d'aller et venir, laquelle n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter, et la liberté du mariage »⁵⁸. Et c'est par exemple cette exigence de conciliation entre avec l'article 2 de la Constitution selon lequel « La langue de la République est le français » et « la liberté fondamentale de pensée et d'expression » que le Conseil constitutionnel examine à la loupe pour considérer que s'agissant des personnes publiques ou privées exerçant des missions de services publics, la conciliation opérée est constitutionnelle, tandis qu'elle ne l'est pas car excessivement restrictive « de la liberté fondamentale de pensée et d'expression », pour les organismes et services de radiodiffusions sonore et télévisuelle ou pour les personnes privées⁵⁹.

La seconde raison avancée par le Président P. Mazeaud est que, « problématique en matière de libertés, la notion d'effet cliquet était au surplus totalement inadaptée aux droits

1994.

⁵⁷ Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse ; Décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française

⁵⁸ Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration

⁵⁹ Décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française

économiques et sociaux. On peut en effet envisager que certaines évolutions économiques rendent impossible le maintien du niveau de protection déjà atteint »⁶⁰. Là aussi, la discussion est ouverte. L'approche exprimée suppose que les droits sociaux soient considérés comme des libertés publiques ou des droits et libertés fondamentaux. Telle serait d'ailleurs notre position. Mais elle n'a jamais été explicitement celle du Conseil. La seule concession que celui-ci a pu faire sur ce terrain a été de se référer aux « droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés parmi lesquels figurent notamment, la liberté proclamée par l'art. 4 de la Déclaration de 1789, dont découlent la liberté d'entreprendre, l'égalité devant la loi et les charges publiques, le droit à l'emploi, le droit syndical, ainsi que le droit reconnu aux travailleurs de participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises »⁶¹. Mais le langage est ici davantage celui des libertés relatives au droit du travail que celui des droits sociaux.

Quoi qu'il en soit, avec l'abandon de l'effet cliquet, le Conseil constitutionnel en revient à une formule à laquelle il avait déjà eu l'occasion d'avoir recours, à savoir qu'« il est loisible au législateur de modifier des textes législatifs antérieurs ou d'abroger ceux-ci dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ». Le Conseil l'affirmait en l'occurrence en réponse à des auteurs de saisine qui estimaient que des « dispositions, qui ont pour objet de mettre fin prématurément au mandat des actuels administrateurs des sociétés nationales de programme, sont contraires aux exigences constitutionnelles concernant l'exercice des libertés publiques »⁶². En 1984, il avait même été beaucoup plus précis sur les pouvoirs du législateur dans le temps en matière de liberté publique. Pour le Conseil, « s'il est loisible au législateur, lorsqu'il organise l'exercice d'une liberté publique en usant des pouvoirs que lui confère l'article 34 de la Constitution, d'adopter pour l'avenir, s'il l'estime nécessaire, des règles plus rigoureuses que celles qui étaient auparavant en vigueur, il ne peut, s'agissant de situations existantes intéressant une liberté publique, les remettre en cause que dans deux hypothèses : celle où ces situations auraient été illégalement acquises ; celle où leur remise en cause serait réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi »⁶³.

Le Conseil constitutionnel a repris la même position dans le cadre du contrôle exercé à l'occasion d'une Question prioritaire de constitutionnalité. Il a même affinée son considérant de principe pour insister davantage encore sur la marge de manœuvre du législateur. Ainsi, après avoir rappelé l'énoncé du texte de l'art. 34 a 2 de la Constitution, il estime « qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles »⁶⁴.

⁶⁰ P. Mazeaud, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Erevan, 2005, site du Conseil constitutionnel.

⁶¹ Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 relative à la loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail.

⁶² Décisions n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication ; 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.

⁶³ Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.

⁶⁴ Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement].

2. Les libertés publiques face à l'exigence de conciliation des normes de valeur constitutionnelle

Le début des années 1980 est pour le Conseil constitutionnel l'occasion de préciser la façon dont il entend que le législateur agence les droits et libertés qui ont progressivement intégré le bloc de constitutionnalité, entre eux mais aussi avec d'autres normes constitutionnelles. Déjà présente dans la décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, et réaffirmée dans la décision « Sécurité et liberté » des 10-20 janvier 1981, l'exigence de conciliation des droits et libertés avec d'autres normes constitutionnelles est à de nombreuses reprises rappelée par le Conseil constitutionnel lorsqu'est en cause une liberté publique (constitutionnellement garantie)⁶⁵. Cette exigence valait même - on l'a précédemment évoqué - pour les libertés publiques que le Conseil constitutionnel considérait fondamentales : « s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »⁶⁶.

La montée en puissance de l'exigence de conciliation, notamment ce qu'elle conduit à contenir l'étendue de l'exercice des libertés publiques, a été particulièrement soutenue par le Président P. Mazeaud : « dans le domaine des libertés publiques, l'intérêt général consiste à concilier avec réalisme les droits potentiellement en conflit, sans oublier que la défense trop intransigeante d'un droit peut compromettre la protection des autres »⁶⁷. Il ajoute dans un autre discours que « la tentation (...) d'un certain fondamentalisme des droits (...) a été évitée en faisant preuve de retenue dans l'intensité du contrôle, en recherchant toujours un ancrage textuel, en prenant appui sur les droits étrangers et, surtout, en faisant toute sa place à l'intérêt général dans le système de valeurs constitutionnelles. A l'occasion, la jurisprudence des dernières années a fait prévaloir l'intérêt général sur une conception jusqu'au-boutiste des droits subjectifs »⁶⁸.

Le Conseil affirme la nécessité de concilier les libertés publiques constitutionnellement garanties ou bien avec d'autres droits et libertés constitutionnels (droit de propriété) ou objectifs de types libéraux (pluralisme des courants d'opinion), ou bien, le plus souvent avec des exigences collectives et sécuritaires, et entre tous l'ordre public et ses déclinaisons : recherches des auteurs d'infraction, lutte contre la fraude...⁶⁹. Selon une dialectique bien connue en la matière, le Conseil fait même sienne l'idée que sans conciliation avec la sauvegarde de l'ordre public, « l'exercice des libertés » lui-même « ne saurait être assuré »⁷⁰.

Les domaines dans lesquels le Conseil constitutionnel a énoncé l'exigence de conciliation sont très nombreux, puisqu'aujourd'hui, celui-ci la rappelle presque dans toutes

⁶⁵ Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

⁶⁶ Décisions n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse ; n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française ; n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.

⁶⁷ Discours de vœux au président de la République du 3 janv. 2006 : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/discours-et-interventions-des-membres/2006/liste-des-discours-et-interventions-2006.5179.html

⁶⁸ P. Mazeaud, « 2, rue de Montpensier : un bilan », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 25, 2008, p. 27.

⁶⁹ Voir par exemple, décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 relative à loi sur la communication audiovisuelle

⁷⁰ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances

les décisions relatives aux libertés publiques. Tel est ainsi le cas s'agissant :

- *de liberté de communication.* Le Conseil affirme depuis longtemps un considérant de principe dont il a pu, au fil des décisions, faire varier la formulation : il oppose à cette liberté la sauvegarde de l'ordre public et le pluralisme des courants d'opinion, tout en tenant compte des limites techniques propres à ce domaine notamment en matière audio-visuelle : « il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte »⁷¹. A partir de la décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, le Conseil ajoute que doit peser dans la conciliation les nécessités économiques d'intérêt général »⁷². Il a également pu mettre en balance « la poursuite de l'objectif de lutte contre les pratiques de contrefaçon sur internet avec l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer »⁷³.

- *du régime d'autorisation et d'utilisation des installations de systèmes de vidéosurveillance.* En l'espèce le Conseil intervient pour rappeler au législateur que « la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions » qui justifie les installations de systèmes de vidéosurveillance, doit être conciliée avec « l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir ainsi que l'inviolabilité du domicile » et le droit au respect de la vie privée dont la méconnaissance « peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle »⁷⁴.

- *des données personnelles, de leur traitement et de leur communication.* Le Conseil a, s'agissant du droit de communication des données personnelles dont dispose l'administration fiscale et de la conservation et du traitement de ces données, rappelé « qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la lutte contre la fraude fiscale qui constituent des objectifs de valeur constitutionnelle »⁷⁵. De même, il considère à propos des traitements automatisés de données nominatives par les services de polices nationale et de la gendarmerie, qu'il appartient au législateur « d'assurer la conciliation entre, d'une part, la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la protection de principes et de droits de valeur constitutionnelle et, d'autre part, le respect de la vie privée et des autres droits et libertés

⁷¹ Décisions n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle ; n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication ; n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; 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.

⁷² Voir aussi décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel.

⁷³ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet.

⁷⁴ Décisions n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité ; n° 2010-604 DC du 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.

⁷⁵ Décision n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances rectificative pour 2001.

constitutionnellement protégés »⁷⁶.

- *de la protection de la propriété intellectuelle.* Il appartient au législateur « d'assurer la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles, telles que la protection du droit de propriété ». Dès lors, la limitation du respect de la vie privée par des contrôles définis par la loi afin de protéger la propriété intellectuelle en luttant contre les contrefaçons est justifiée⁷⁷.

- *des garanties contre l'hospitalisation d'office.* Le Conseil rappelle à ce propos que « la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire »⁷⁸.

- *de l'expulsion des étrangers.* « Il revient au législateur de déterminer, compte tenu de l'intérêt public, les conditions d'exercice de la liberté ; qu'il utilise valablement ces prérogatives en permettant, sous des garanties suffisantes, de procéder à l'expulsion d'étrangers dont la présence constitue une menace pour l'ordre public »⁷⁹.

- *de la lutte contre le terrorisme.* En la matière le Conseil rappelle que législateur doit concilier « la recherche des auteurs d'infractions » qui est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle avec « l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité du domicile »⁸⁰. Lorsque la liberté individuelle est en jeu, il charge « l'autorité judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution, d'exercer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond par lesquelles le législateur a entendu assurer cette conciliation »⁸¹.

On peut être frappé par l'évolution et l'affinement des standards de conciliation mobilisés par le Conseil. Ceux-ci jouent désormais un rôle de premier plan dans la justification de la solution retenue dans la décision. La possible modulation de leur formulation confère au Conseil constitutionnel une importante marge de manœuvre.

Ainsi le Conseil a pu classiquement exiger une simple « conciliation » entre les objectifs, principes ou droits constitutionnels et l'exercice des libertés publiques

⁷⁶ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure ; idem Décision n° 2004-492 DC du 02 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; 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.

⁷⁷ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet.

⁷⁸ Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement].

⁷⁹ Décision n° 86-216 DC du 03 septembre 1986, Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

⁸⁰ Décision n° 96-377 DC 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 comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

⁸¹ Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.

constitutionnellement garanties⁸². Dès le début des années 1980, il a parfois aussi introduit une exigence de nécessité des mesures : « la réglementation, qui répond dans des circonstances données à la sauvegarde de l'ordre public, ne doit pas excéder ce qui est nécessaire à garantir l'exercice d'une liberté »⁸³.

Mais au fil des années, le Conseil constitutionnel a sophistiqué ses standards de conciliation dans un sens qui tend à défavoriser l'étendue de l'exercice de la liberté publique. Plutôt que la nécessité des restrictions apportées aux libertés, le Conseil examine leur caractère non (manifestement) excessif, disproportionné ou déséquilibré.

Par exemple après avoir énoncé de façon générale que « la recherche des auteurs d'infractions est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle » et « qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité du domicile », le Conseil se prononce sur la constitutionnalité des dispositions législatives examinées en fonction du caractère excessif ou non des atteintes portées à la liberté individuelle⁸⁴. De même, dans la décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, le Conseil conclut par deux fois l'examen des dispositions relatives au traitement des données nominatives dans différents fichiers de la police nationale et de gendarmerie : « l'ensemble de ces garanties est de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée »⁸⁵.

Le plus souvent, ce contrôle de la proportionnalité ou de l'atteinte non manifestement excessive à la liberté s'achève par une décision de constitutionnalité des dispositions législatives examinées, éventuellement sous réserve d'interprétation. Les limitations apportées à l'exercice des libertés ne sont la plupart du temps pas considérées par le Conseil constitutionnel, comme manifestement excessives ou disproportionnées. Depuis quelques décisions, qui coïncident avec une réaffirmation plus nette du principe de nécessité des restrictions aux droits et libertés, la tendance s'inverse quelquefois. Ainsi, après avoir rappelé l'énoncé de l'art. 34 al. 2, le Conseil estime dans la décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 précitée que sur « ce fondement, il est loisible au législateur d'édicter des règles de nature à concilier la poursuite de l'objectif de lutte contre les pratiques de contrefaçon sur internet avec l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer ; que, toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi ». Le pouvoir de sanction conféré à HADOPI, notamment, celui de restreindre ou d'empêcher l'accès à internet de toutes personnes s'avère alors contraire à l'exercice du droit de s'exprimer et de communiquer librement. De même, pour déclarer contraire à la liberté individuelle une partie de la

⁸² Décisions n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité ; n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances.

⁸³ Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle.

⁸⁴ Décision n° 96-377 DC 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 comportant des dispositions relatives à la police judiciaire. On trouve le même type de raisonnement dans les décisions n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageur ; n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances rectificative pour 2001.

⁸⁵ Décisions n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure ; n° 2004-492 DC du 02 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

procédure des internements d'office, le Conseil place au centre de sa justification la nécessité des restrictions qui lui sont apportées : « la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire » ; plus généralement, « les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis »⁸⁶.

Faut-il voir dans ces décisions une amorce de repositionnement des appréciations du Conseil constitutionnel en matière de droits et libertés, dont – on le pressent – ses nouvelles missions liées à la Question prioritaire de constitutionnalité ne seraient pas indifférentes ? Rien n'est moins sûr. Aux côtés de quelques conciliations un peu plus favorables à l'exercice des libertés que la décennie précédente, le Conseil continue de mobiliser ses modes de justifications habituels, pour par exemple considérer non « manifestement déséquilibrée » les conditions légales dans lesquelles l'évacuation forcée des résidences mobiles peut être effectuée par le représentant de l'Etat⁸⁷.

Ces variations de formulation des standards de conciliation ne conduisent qu'à une seule certitude : elles sont extrêmement malléables. Ces standards constituent des justifications commodes à toutes sortes d'appréciation et de conclusion. Comment en effet déterminer, dans le cadre d'un processus décisionnel, autrement que casuistiquement ce qui est manifestement disproportionné, excessif ou adapté ? Sur le fond, l'usage de ces standards a depuis une quinzaine d'années desservi l'exercice des libertés publiques, le Conseil constitutionnel ne sanctionnant le législateur que pour des restrictions manifestement excessives ou disproportionnées. Une donnée quantitative globale modèrera ce diagnostic. Hors cas des QPC, dans les rares hypothèses où le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelles des dispositions législatives sur le fond, il y a procédé sur le fondement de la violation du principe d'égalité et, pour ce qui nous occupe, des atteintes excessives à la liberté individuelle considérée, en l'occurrence, comme une liberté publique constitutionnellement garantie.

Le positionnement du Conseil constitutionnel à l'égard des libertés publiques peut paraître, selon les points de vue liés aux attentes placées dans les décisions d'un organe chargé du contrôle de constitutionnalité des lois, précis ou confus, rudimentaire ou constructif.

Le Conseil constitutionnel ne s'attarde pas sur une définition générale par genre et différence des libertés publiques. Il en fournit, au fil de ses décisions, une liste aucun critère n'est fixé à l'avance. Les libertés publiques s'appréhendent alors mieux, dans les décisions du Conseil constitutionnel, par leur régime. Il ressort ainsi que, jusqu'à présent, pour le Conseil constitutionnel, une liberté publique, est une norme juridique qui énonce un droit ou une liberté de type individuel, pour laquelle le législateur est compétent pour fixer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour son exercice. Rien donc de très perturbant jusque là au regard des conceptions doctrinales classiques et du texte même de la constitution que le Conseil se contente souvent de citer sans commentaire. Tout au plus, peut-on ajouter, que le Conseil constitutionnel se réfère à l'existence de libertés publiques constitutionnellement garanties -, expression que ne mentionne pas le texte de la Constitution -, ce qui signifierait *a contrario* qu'il en existe qui ne le sont pas. Mais le Conseil ne dit rien à leur sujet. Il semble donc *prima facie* très peu s'émanciper du texte constitutionnel et ne promouvoir explicitement aucune conception prononcée des libertés publiques.

⁸⁶ Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement].

⁸⁷ Décision n° 2010-13 QPC du 09 juillet 2010, M. Orient O. et autre [Gens du voyage].

Toutefois le diagnostic mérite d'être approfondi. Les décisions du Conseil présentent en effet un intérêt moins pour leurs répétitifs considérants de principe que pour leur déclinaison à des hypothèses particulières, diverses et variées. L'affirmation répétitive de la compétence législative en matière de garantie fondamentale accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques prend tout son relief lorsqu'elle est opposée au législateur qui faillit à l'exercer pleinement et précisément, ou serait tenter de livrer l'encadrement de l'exercice des libertés publiques au pouvoir réglementaire national ou local.

Bien plus, le Conseil affirme nettement que « pleinement » ne signifie pas « absolument » : si le législateur doit exercer pleinement ses compétences en matière de libertés publiques, il ne peut l'exercer sans limite. Une liberté publique, lorsqu'elle a une valeur constitutionnelle, doit ainsi être conciliée avec d'autres normes constitutionnelles. Cette position, s'agissant des libertés publiques, n'est autre qu'une déclinaison d'un considérant de principe plus général relatif à tout droit ou liberté constitutionnel ce qui, là encore, ne livre aucune conception particulière significative des libertés publiques. Celles-ci ne se détachent pas du sort réservé à tout autre droit ou liberté constitutionnel(le). Sur le fond, l'exercice des libertés publiques, comme celui des autres types de droits et libertés, est confronté de façon accrue à la sauvegarde de l'ordre public, à la lutte contre la fraude ou à la recherche des auteurs d'infraction. Le bilan des décisions rappelant cette exigence de conciliation est en demi-teinte. D'un côté, - QPC mises à part - on rappellera que le prononcé des quelques inconstitutionnalités ou réserves d'interprétation émises à l'égard des lois ayant un objet sécuritaire l'ont été, ou bien sur le fondement du principe d'égalité, ou bien sur celui de la liberté individuelle, et ses déclinaisons l'inviolabilité du domicile ou le respect de la vie privée. Mais d'un autre côté, en se faisant juge de la proportionnalité des restrictions, en ne sanctionnant plus le législateur que lorsqu'il porte une atteinte « excessive » aux libertés publiques et en affirmant concomitamment qu'il ne dispose pas d'une marge d'appréciation identique à celle du législateur, le Conseil filtre, comme le disait J. Rivero⁸⁸ et à sa suite P. Wachsmann⁸⁹, de plus en plus de moustiques et laisse passer de plus en plus de chameaux.

Face à la répétition de considérants de principe généraux et à l'absence d'explicitation des prémisses mineures de ses raisonnements, ce sont alors les appréciations que le Conseil portent au cas par cas sur chacune des dispositions législatives qu'il examine qui s'avèrent les plus aidantes pour déceler ses conceptions des libertés publiques. Mais ces appréciations sont fortement dépendantes des cas légiférés et évoluent aussi en fonction des compositions du Conseil. Les solutions retenues peuvent découler de la croisée de multiples conceptions générales et transversales qui dépassent la seule considération des libertés publiques. Il peut s'agir de conceptions relatives aux rapports entre la sécurité et la liberté ou à des politiques institutionnelles telles que l'idée selon laquelle le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir d'appréciation identique à celui du législateur. Or, la latitude laissée au législateur n'a précisément pas les mêmes effets sur les droits et libertés, et notamment sur les libertés publiques, selon que le législateur leur est favorable ou non. Plus que qu'il ne déploie donc une conception spécifique des libertés publiques, le Conseil constitutionnel les enserment dans des conceptions éthiques ou institutionnelles plus générales qui en scellent et déterminent le sort.

⁸⁸ J. Rivero, note sous la décision n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *A.J.D.A.*, 1981, p. 275.

⁸⁹ P. Wachsmann, « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », in *Billet d'humeur en l'honneur de D. Lochak*, V. Champeil-Desplats, N. Ferré (dir.), Paris, L.G.D.J., 2007, p. 279.

Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? Depuis la décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association, la généralisation de la saisine *a priori* du Conseil consécutive à la révision de 1974 et l'ouverture, depuis 2010, d'une possibilité, pour les justiciables par l'intermédiaire de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), de contester la loi promulguée au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, l'affirmation semble aller de soi. Le propos de ce colloque est de réexaminer les choses, 40 ans après la décision fondatrice et après un peu plus d'un an de mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité. Qu'implique la protection des libertés ? Le Conseil constitutionnel a-t-il la capacité et la volonté de l'assurer ? Par ailleurs, si la dictature de l'actualité semble conduire la doctrine juridique à une sorte de fascination pour la nouveauté de la QPC, la présente journée entend examiner aussi la jurisprudence du Conseil dans une double perspective de longue et de courte durée. Enfin, rompant avec la manière hagiographique de traiter – ou de ne pas traiter – ces questions, on a voulu interroger le contrôle de constitutionnalité des lois « à la française » en matière de libertés publiques en faisant appel à des universitaires dont les points de vue sont différents, voire opposés.

Les intervenants présenteront durant une dizaine de minutes un texte, qui sera soumis à discussion. Ce texte sera disponible à la fois sur la page dédiée à l'Institut de Recherches Carré de Malberg du site de la Fédération de Recherche n°3241 (<http://europa-cnrs.unistra.fr>) et sur le site de l'Institut Michel Villey (www.institutvilley.com)