

# Droit des libertés fondamentales

## Leçon 4 : Partie 1 : Les libertés dans l'espace : Les libertés en France

Xavier BIOY

### Table des matières

|                                                                  |             |
|------------------------------------------------------------------|-------------|
| <b>Section 1 : Dans le cadre de la Constitution.....</b>         | <b>p. 2</b> |
| §1. Les droits inclus dans le bloc de constitutionnalité.....    | p. 2        |
| §2. Le rôle du Conseil constitutionnel.....                      | p. 5        |
| A - Les contrôles des textes a priori.....                       | p. 5        |
| B - La question prioritaire de constitutionnalité.....           | p. 6        |
| C - Contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité ?..... | p. 7        |
| <b>Section 2 : Dans le cadre de la loi.....</b>                  | <b>p. 9</b> |
| §1. Le rôle de la loi.....                                       | p. 9        |
| §2. Le rôle du juge administratif.....                           | p. 9        |
| §3. Le rôle de l'autorité judiciaire.....                        | p. 13       |

Le fabuleux destin politique de la Déclaration de 1789 n'a pas eu d'équivalent juridique. Dès 1792 en effet, la DDHC tombe dans les limbes du « non-droit ». Même si certains textes constitutionnels réactivent une proclamation des droits de l'homme, l'absence de mécanisme de sanction prive ces efforts de tout effet. Tout juste les juridictions suprêmes de chacun des ordres de juridiction ont-ils eu recours parfois à la DDHC, implicitement, pour dégager tel ou tel principe général du droit sous la III<sup>e</sup> République. Sous la IV<sup>e</sup>, le renouveau constitutionnel des droits permet à peine au juge, en l'absence de loi intermédiaire faisant écran, de contrôler la constitutionnalité d'actes administratifs. A la fin de la IV<sup>e</sup> République, le Conseil franchit un pas en se fondant dans l'[arrêt du 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris](#), sur le préambule de 1946. Il ouvrait ainsi la voie à l'arrêt du 7 juin 1957, Condamine, qui se fonde sur la déclaration de 1789. À partir de ces deux arrêts on a supposé que le Conseil d'État voulait donner au moins une valeur législative, sinon constitutionnelle, aux deux textes fondateurs. De même, la Cour de cassation a pu, très rarement il est vrai, se référer au préambule à propos du droit de grève (Cass. soc., 28 juin 1951, pourvoi n° [51-01.661](#)).

De ce point de vue, la seconde partie de la V<sup>e</sup> République, depuis 1971 et depuis 2008, marque une rupture importante, même si la Révolution demande à être complétée par l'amélioration des procédés de contrôle de constitutionnalité des lois et des actes de l'administration.

On verra d'abord les aspects constitutionnels de la question et ensuite, aujourd'hui, le rôle du juge administratif et celui du juge judiciaire qui ont aussi été renouvelés par les droits fondamentaux et pour eux.

## Section 1 : Dans le cadre de la Constitution

Il faut décrire le mouvement de constitutionnalisation des droits fondamentaux en France qui a été surtout le fait du juge et parfois celui du constituant avant de cerner plus avant le rôle actuel du Conseil constitutionnel.

### §1. Les droits inclus dans le bloc de constitutionnalité

L'ouverture des archives du Conseil constitutionnel, permet de savoir que les années qui ont précédé 1971 ont été l'occasion pour les membres du Conseil de s'interroger à plusieurs reprises sur la nécessité d'inclure les déclarations de droits dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Déjà, la décision du 19 juin 1970, vise « *la Constitution et notamment son préambule et ses articles 53, 54 et 62* ». Mais c'est avec la décision Liberté d'association (CC, 16 juillet 1971, déc. n° [71-44 DC](#)) que le Conseil invoque le préambule de la Constitution pour établir l'inconstitutionnalité d'une loi méconnaissant un « principe fondamental reconnu par les lois de la République », catégorie créée par le préambule de 1946. Le Conseil reconnaît tout à la fois que la catégorie des Principes fondamentaux reconnue par les lois de la République existe bien comme norme invocable contre la loi et que la liberté d'association en fait partie. Dès lors, la loi ne saurait imposer un régime qui se rapproche de l'autorisation préalable. Enfin, en 1973, le Conseil constitutionnel vise la Déclaration et utilise dans son raisonnement le principe d'égalité devant la loi « *contenu dans la DDHC de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution* » (CC, 27 déc. 1973, déc. n° [73-51 DC](#)). Ainsi naquit le « bloc de constitutionnalité » et la jurisprudence du Conseil concernant les droits et libertés.

Petit à petit, la Constitution s'est enrichie.

On parle de « bloc de constitutionnalité » qui comprend pour les textes, outre la Constitution elle-même, le préambule de la Constitution de 1958, lequel permet d'identifier plusieurs sources : la [Déclaration de 1789](#), le [préambule de la Constitution de 1946](#) auxquels il faut ajouter, depuis la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup>

mars 2005, la Charte de l'environnement. À cela s'ajoutent les catégories de droits et principes développées jurisprudentiellement.

Le texte de 1958 révisé, comprend désormais :

La Constitution s'ouvre sur l'article 1<sup>er</sup>, « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ». La laïcité, y est puisée directement (CC, 19 nov. 2004, déc. n° 2004-505 DC).

L'article 2 dispose que « *la langue de la République est le français* » et impose l'usage du français lors des relations avec les personnes morales de droit public et les personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public (CC, 29 juill. 1994, déc. n° 94-345 DC).

L'article 3 consacre les principes du politique : caractère universel, égal et secret du suffrage et accès à la qualité d'électeur. Cela implique notamment le rejet de toute division du « peuple » ou du « citoyen » par quotas ou régions (CC, 18 nov. 1982, déc. n° 82-146 DC) et implique une représentation sur des bases essentiellement démographiques. L'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives est une exigence vis-à-vis du législateur pour les mandats ou fonctions politiques (révision constitutionnelle du 8 juillet 1999). Toujours du point de vue des principes politiques, l'article 88-3 aménage le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales des citoyens de l'Union européenne résidant en France.

L'article 4 de la Constitution consacre quant à lui la liberté et le rôle des partis et groupements politiques maintes fois mobilisés par le Conseil (CC, 17, 18 et 24 juin 1959, déc. n° 59-2 DC).

Enfin, les dispositions de l'article 53-1 (ajouté par la révision du 25 novembre 1993 en vue des accords de Schengen) concrétisent le droit d'asile, par ailleurs consacré par le 4e alinéa du préambule de 1946, dans le contexte européen.

L'article 66 (répondant à une exigence posée par la loi du 3 juin 1958 donnant mission aux rédacteurs de la Constitution), énonce que « *nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». D'abord formulée comme principe fondamental reconnu par les lois de la République la liberté individuelle est aujourd'hui cantonnée à l'article 66 de la Constitution comme composante de la liberté personnelle au même titre que nombre d'autres droits (liberté d'aller et venir, vie privée, mariage, protection du domicile...) qui, avant la fin des années 1990, composaient la liberté individuelle comme principe fondamental. La loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007, a inséré un article 66-1, selon lequel « *nul ne peut être condamné à la peine de mort* », qui sert d'assise à une partie des implications du droit à la vie.

Le Conseil constitutionnel s'est saisi de l'intégralité du texte de la Déclaration, sans lui donner de place supérieure à d'autres dispositions du bloc comme le préambule de 1946. Il a ainsi fait jouer les articles 2 et 4 posant le principe général de liberté, plus tard appelé « liberté personnelle » pour le distinguer et englober la liberté individuelle, l'article 4 sert également de fondement à la liberté d'entreprendre, à la liberté contractuelle, ou encore au droit à réparation. L'article 6 impose l'égalité sous sa forme générale, devant la loi, devant la commande publique, en matière d'accès à l'emploi public, etc. Le Conseil a également nourri sa jurisprudence des droits qui limitent la puissance répressive de l'État : l'article 7, interdiction des accusations, arrestations et détentions arbitraires; l'article 9 relatif à la présomption d'innocence ; l'article 8 relatif à la légalité des délits et des peines : la séparation des fonctions dans la répression pénale, la légalité des délits et des peines, la non-rétroactivité de la loi pénale, l'égalité procédurale, la nécessité et la proportionnalité des peines, l'individualisation de la peine. Dans ce domaine, on peut relever l'article 10 relatif à la liberté de conscience ou encore l'article 11 relatif à la libre communication des pensées et des opinions. L'article 13 institue l'égalité devant les charges publiques qui a un impact non négligeable sur les décisions relatives à la matière fiscale, tout comme l'article 14 qui pose le principe du consentement à l'impôt. Enfin, l'article 15, presque jamais convoqué, prévoit le contrôle et la responsabilité des agents publics.

Il faut faire une place à part à l'article 16, véritable portail d'entrée d'une série de garanties structurelles comme la sécurité juridique, le caractère normatif de la loi (CC, 21 janv. 1994, déc. n° 93-335 DC), les droits de la défense (CC, 30 mars 2006, déc. n° 2006-535 DC), la séparation des pouvoirs et le pouvoir des autorités administratives indépendantes, le droit à un procès équitable et l'indépendance des juridictions, la non-rétroactivité de la loi sauf motif d'intérêt général.

Enfin, le droit de propriété de l'article 17 (déjà mentionné à l'article 2) a nourri les grandes décisions, notamment quant aux nationalisations (CC, 16 janv. 1982, déc. n° 81-132 DC) ou à la protection de la propriété des personnes publiques (CC, 26 juin 1986, déc. n° 86-207 DC).

Le préambule de 1946 offre deux dimensions au travail du juge: le préambule du préambule affiche un certain nombre de valeurs et les alinéas qui le suivent posent les principes particulièrement nécessaires à notre temps. Le Conseil mobilise donc ces deux aspects. Il a ainsi déduit du préambule la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et le principe de dignité de la personne (CC, 27 juill. 1994, déc. n° 94-343/344 DC) ainsi que le « *principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé* » (CC, 15 janv. 1975, déc. n° 75-54 DC). Le Conseil constitutionnel a jugé, de manière spectaculaire, que la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle (article 2 : « *La devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité"* » ; article 72-3, à l'« *idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* »). Il découle de ce principe la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national (CC, 6 juillet 2018, 2018-717/718 QPC - M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]).

Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République demeurent une création prétorienne très intéressante, même s'ils ne regroupent que peu de droits de l'homme. Cette catégorie, posée abstraitement par le préambule du préambule a été nourrie par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État (CE, Ass., 11 juill. 1956, *Amicale des annamites Paris* ; CE, 24 janv. 1958, *Assoc. anciens combattants et victimes guerre dépt Oran* ; CE, Ass., 3 juill. 1996, *Koné*, déc. n° 169219). Il revient donc au juge de concrétiser l'idée d'une continuité des principes républicains posés par des lois avant la IV<sup>e</sup> République (CC, 4 juill. 1989, déc. n° 89-254 DC). Les PFRLR sont puisés dans les lois républicaines (ordinaires, organiques, décrets-lois de la III<sup>e</sup> République, ordonnances du gouvernement provisoire de la République ou à travers un principe qu'elles révèlent) et nécessitent un support écrit jamais démenti. Ils doivent être considérés comme suffisamment fondamentaux.

On retiendra comme PFRLR portant des droits : la liberté d'association, la liberté individuelle, la liberté d'enseignement et de conscience, le principe du respect des droits de la défense, l'indépendance de la juridiction administrative, les attributions spécifiques de l'autorité judiciaire en matière de protection de propriété immobilière, l'adaptation du droit pénal aux mineurs.

Les principes particulièrement nécessaires à notre temps sont ceux de Préambule de 1946. Il liste à la fois des droits « créances », impliquant des prestations de la collectivité (Protection de la santé : CC, 22 janv. 1990, déc. n° 89-269 DC ; droit à des prestations sociales : CC, 29 juill. 1991, déc. n° 91-296 DC ; l'alinéa 12 et la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales : CC, 30 déc. 1987, déc. n° 87-237 DC ; droit à l'instruction, à l'enseignement et à la formation professionnelle de l'alinéa 13 : CC, 11 juill. 2001, déc. n° 2001-450 DC), des droits-libertés (Droit d'asile : CC, 9 janv. 1980, déc. n° 79-109 DC ; le droit à une vie familiale normale de l'alinéa 10 : CC, 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC ; la liberté du travail de l'alinéa 5 qui proclame le devoir de chacun de travailler et le droit d'obtenir un emploi : CC, 28 mai 1983, déc. n° 83-156 DC), mais aussi des principes de politique sociale et des obligations pesant sur tous (Politique de solidarité nationale en faveur de la famille : CC, 18 déc. 1997, déc. n° 97-393 DC ; politique de solidarité en faveur des travailleurs retraités : CC, 22 août 2003, déc. n° 2003-483 DC ; connaissant une forme d'effet horizontal (égalité des sexes de l'alinéa 3 : CC, 20 mars 1997, déc. n° 97-388 DC ; droit de grève de l'alinéa 7 : CC, 25 juill. 1979, déc. n° 79-105 DC ; droit de participation des travailleurs de l'alinéa 8 : CC, 5 juill. 1977, déc. n° 77-79 DC ; liberté de croyance ou d'opinion dans son travail (al. 5), liberté syndicale (al. 6) : CC, 22 oct. 1982, déc. n° 82-144 DC).

La Charte de l'environnement est le dernier élément ajouté. Depuis la révision constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005, le peuple français proclame aussi son attachement « *aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004* ». Selon la Charte, l'environnement doit être sain et équilibré pour chacun (art. 1), chacun doit prévenir et limiter les atteintes à l'environnement, en réparer les dommages (art. 2, 3 et 4), ce à quoi s'engagent également les autorités publiques (art. 5) tout en le mettant en valeur et en le conciliant avec le développement (art. 6). L'environnement est en outre un objet d'information et de participation de tous, induisant éducation et formation, recherche et innovation (art. 7 à 9).

Le Conseil constitutionnel a aussi mobilisé le fumeux Préambule de la Charte de l'environnement (« *l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ... l'environnement est le patrimoine*

*commun des êtres humains... la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ... afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins »)* pour dégager **un objectif de valeur constitutionnelle : la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains** (CC, 31 janvier 2020, déc. n° [2019-823 QPC](#), Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]). Le législateur peut ainsi, en dérogation à la liberté d'entreprendre, faire obstacle à ce que des entreprises établies en France participent à la vente de produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives non approuvées par l'Union européenne, en raison de leurs effets sur la santé humaine, la santé animale ou l'environnement (pourtant autorisées en dehors de l'Union européenne) et donc, indirectement, aux atteintes qui peuvent en résulter pour la santé humaine et l'environnement.

Les objectifs à valeur constitutionnelle, enfin, apparaissent dans les années 1980 sous la plume du seul Conseil constitutionnel même s'il cherche souvent à les rattacher à une source textuelle (CC, 27 juill. 1982, déc. n° [82-141 DC](#)). Les OVC ne portent pas de droit subjectif et n'entrent donc pas dans les droits et libertés (CE, ord. réf., 3 mai 2002, Assoc. réinsertion sociale Limousin, déc. n° [245697](#)), ils en sont même souvent les principaux adversaires car ils tendent à permettre (et même à imposer) au législateur de limiter les droits. Une loi contraire à un objectif de valeur constitutionnelle sera censurée. Ils fonctionnent un peu alors comme la théorie de l'abus de droit. Ils représentent aussi indirectement une forme de garantie pour les droits fondamentaux dans la mesure où ils assurent l'équilibre du système social et juridique. L'objectif d'accession à un logement décent, sert ainsi une mission de mise en œuvre de régulation du marché de l'habitat voire une limitation de la propriété dans le cas de réquisition. In fine, les OVC servent en fait à concilier les droits fondamentaux avec des droits ou principes objectifs. Le Conseil constitutionnel a jouté encore la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains (CC, 31 janvier 2020, déc. n° [2019-823 QPC](#), Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]).

## §2. Le rôle du Conseil constitutionnel

---

À partir de constructions renouvelées, d'interprétations parfois audacieuses, les juges du palais Montpensier ont élaboré une politique jurisprudentielle tendant à rattraper les retards et surmonter les handicaps de la Constitution de 1958 dans le domaine des libertés. Leur jurisprudence s'adapte souvent, refusant de reconnaître un droit ou un principe un jour, revenant ensuite sur cette décision (cas de la liberté contractuelle, de l'individualisation des peines...). L'absence de méthode d'interprétation officielle et établie autorise une certaine liberté. Le résultat, incontestable, a d'ailleurs dissuadé le Comité présidé en 2007/2008 par Simone Veil et qui devait déterminer s'il était nécessaire et souhaitable de rédiger une nouvelle déclaration des droits, de s'attaquer à cette révision. Ce Comité a estimé les droits convenablement protégés. Cependant, il faut tenir compte de l'aiguillon des systèmes européens et des lacunes qui persistent ici ou là dans la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel reste parfois en deçà de son rôle possible de protecteur des libertés (le traitement de la sûreté lors de la décision relative à la rétention de sûreté, le maintien du ministère public au sein de l'autorité judiciaire chargée de protéger la liberté individuelle, etc.).

Aux contrôles a priori d'origine s'ajoute depuis 2010 la voie de la question prioritaire de constitutionnalité.

## A - Les contrôles des textes a priori

---

Au titre de l'article [61](#) de la Constitution, le Conseil peut être saisi de la constitutionnalité d'une loi en attente de promulgation. La saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation. Jusqu'à la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974, seules les quatre plus hautes autorités de l'État avaient le droit de déférer au Conseil, avant sa promulgation, une loi définitivement adoptée par le Parlement: le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat. La révision

de l'article 61 de la Constitution a étendu cette prérogative à soixante députés ou soixante sénateurs. Le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Le Conseil, saisi par le président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, peut opérer le contrôle d'un traité international, lui aussi pouvant se révéler attentatoire aux libertés (art. 54). Si c'est le cas, il ne peut être ratifié sans révision préalable de la Constitution (comme ce fut le cas lors de la ratification des accords de Schengen). Les limites persistent. À ce jour, les citoyens ne peuvent donc saisir, ni directement ni indirectement, le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité d'une loi avant sa promulgation. De plus, les lois constitutionnelles elles-mêmes échappent à tout contrôle, alors même que rien n'exclut qu'elles soient liberticides.

Si des textes importants échappent encore au contrôle du Conseil constitutionnel (on retiendra par exemple qu'il refuse toujours de contrôler les lois d'origine référendaire, même en procédure de QPC, c'est-à-dire même lorsque des libertés sont en cause : Décision n° [2014-392 QPC](#) du 25 avril 2014, Province Sud de Nouvelle-Calédonie), la plupart des lois lui sont aujourd'hui soumises et son bloc de normes de référence inclut désormais un nombre important de principes et de règles qui encadrent la loi. L'insertion de la Charte de l'environnement (utilisée de manière normale depuis, par exemple dans le cas de la loi relative aux organismes génétiquement modifiés en 2008), mais aussi des normes d'origine jurisprudentielle (comme les objectifs à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi ou comme le principe fondamental reconnu par les lois de la République d'adaptation de la justice pénale aux mineurs) accroissent l'action du Conseil. Bien sûr, on pourra toujours souligner une certaine pusillanimité de cette instance, notamment composée des anciens présidents de la République, initiateurs de textes proches de ceux qui sont examinés. Ainsi la décision relative à la rétention de sûreté en 2008 a fait preuve d'une audace toute mesurée... Cependant, par certains mécanismes comme la sanction de l'incompétence négative du législateur (qui permet d'exiger de la loi qu'elle ne s'en remette pas aveuglément au gouvernement), le Conseil permet une régulation de la répartition des pouvoirs.

## **B - La question prioritaire de constitutionnalité**

---

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 est complétée par la loi organique n° [2009-1523](#) du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article [61-1](#) de la Constitution. Ce nouveau texte crée ce qu'il est convenu d'appeler la « question prioritaire de constitutionnalité » et non pas « exception d'inconstitutionnalité », dans la mesure où il ne s'agit pas de faire une exception pour un justiciable mais d'amener à l'abrogation complète de la disposition législative contraire aux droits et libertés. La loi organique prévoit ainsi que l'on peut devant toutes les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation exciper d'une inconstitutionnalité de la loi déjà applicable. Cet argument pourrait être soulevé pour la première fois en appel ou en cassation mais il ne pourra pas être relevé d'office par le juge. La question prioritaire peut également être soulevée dans le cadre de l'instruction pénale, mais pas devant la cour d'assises au premier degré.

Le juge devant lequel la question est soulevée doit statuer sans délai et procéder à la transmission du mémoire spécifique à cette question au Conseil d'État ou à la Cour de cassation dans l'hypothèse où trois conditions sont réunies: d'abord les dispositions contestées doivent être applicables aux litiges ou à la procédure en cours, ensuite la disposition contestée ne doit pas avoir été d'ores et déjà déclarée conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel (sauf à prouver de nouvelles circonstances), enfin la question ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux. Cette nouvelle forme de contestation de la loi est nommée question prioritaire dans la mesure où un juge, saisi à la fois d'un argument tenant à l'inconstitutionnalité et à l'inconventionnalité de la loi, doit donner priorité à la question constitutionnelle sans que cela ne remette en cause la primauté du droit de l'Union (CJUE, 22 juin 2010, Melki, aff. jointes [C#188/10](#) et [C#189/10](#)). Le juge doit surseoir à statuer jusqu'à la décision sauf si la liberté d'une personne est en cause ou en cas d'urgence (car la loi prévoit qu'il statue dans un délai déterminé). C'est alors en appel que pourra être examinée la question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil d'État ou la Cour de cassation disposent d'un délai de trois mois à compter de la transmission pour statuer à leur tour sur la possibilité d'un renvoi au Conseil constitutionnel. Ils examinent à nouveau la dimension sérieuse de la question et son éventuelle nouveauté.

Certains arguments ne peuvent être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité : la méconnaissance de la procédure parlementaire, la méconnaissance des objectifs à valeur constitutionnelle qui ne portent pas directement un droit subjectif comme l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, la violation des engagements internationaux ou d'une convention de droit interne. En revanche, le Conseil constitutionnel a jugé recevable une QPC qui portait sur une disposition qui a ensuite été modifiée par le législateur dans la mesure où cette disposition a été reconnue applicable au litige par le Conseil d'État et que la décision d'inconstitutionnalité doit pouvoir logiquement lui bénéficier. La procédure doit ainsi conserver un « effet utile ».

Il résulte des dispositions combinées du 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 232 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée et du 3<sup>e</sup> alinéa de son article 235 que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution, sauf changement des circonstances. C'est la raison pour laquelle le Conseil a pu rejeter le recours exercé contre certains articles du Code de procédure pénale relatifs à la garde à vue en matière de lutte contre la délinquance et la criminalité organisées déjà examinés lors la décision du 2 mars 2004 (CC, 30 juill. 2010, déc. n° [2010-14/22 QPC](#), Daniel W. et autres). La même décision admet que soient réexaminées des dispositions dont le contexte a été plusieurs fois modifié, affectant les conditions de mise en œuvre et constituant un changement des circonstances de fait, qui conduisent à ce qu'une personne est désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, ainsi qu'à la réduction des exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire.

Quant aux effets de l'abrogation prononcée, « *une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». Selon le Conseil d'Etat, le fait que le Conseil constitutionnel ait différé l'abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle, prive les administrés de la possibilité d'obtenir l'annulation d'un acte réglementaire pris sur son fondement (CE, 14 novembre 2012, Association France Nature Environnement, déc. n° [340539](#)).

La décision d'abrogation a un effet *erga omnes*, contrairement au contrôle d'inconventionnalité des juges ordinaires. La norme disparaît et ce au bénéfice de tous. Selon l'article [62](#) de la Constitution, le Conseil est investi, lorsqu'il constate cette inconstitutionnalité, du pouvoir de déterminer des règles transitoires dans l'attente de l'adoption d'une éventuelle réforme destinée à remédier à l'inconstitutionnalité, il n'y a ainsi pas de vide juridique. Le Conseil estime qu'il ne « *dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée* » (CC, 30 juill. 2010, déc. n° 2010-14/22 QPC, Daniel W. et autres). Il se contente donc d'enjoindre une modification avant une date qu'il fixe et de préciser si l'effet de l'abrogation peut être immédiat ou s'il conviendra d'attendre la date à laquelle les nouvelles dispositions devront avoir été adoptées. En cas d'inconstitutionnalité, la décision rendue par le Conseil doit logiquement bénéficier au requérant porteur de la QPC et à tous ceux qui avaient également un contentieux en cours.

#### Remarque

Le bilan de la QPC est plutôt positif. En décembre 2015, le Conseil a dépassé les 500 décisions QPC et un peu moins d'un quart ont abouti à une abrogation. C'est dire que la procédure était utile, même si elle va naturellement tendre à diminuer quantitativement.

## C - Contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité ?

---

Un autre enjeu réside dans le maniement des deux contrôles de la loi : le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité. Jusqu'à la création de la question prioritaire de constitutionnalité, la tentation de la doctrine était de se satisfaire du développement du contrôle conventionnel dans le domaine des libertés. Les droits constitutionnels disposent en effet, la plupart du temps, d'un certain nombre de « doubles » conventionnels. La voie du contrôle conventionnel semblait suffisante pour protéger les libertés. Or cette affirmation souffre d'au moins deux handicap: tout d'abord l'existence même de ces doubles, puisque certains droits n'apparaissent que dans l'un des deux corpus (la laïcité comme principe protecteur de la liberté de conscience apparaît spécifiquement dans le corpus français, le principe d'indépendance des professeurs d'université n'apparaît que dans le régime constitutionnel), ensuite, même si les mots qui désignent les droits comme concepts (« égalité », « liberté de », etc.) sont identiques, les notions juridiques, c'est-à-dire la façon dont les différents droits sont posés, puis interprétés par les juridictions, dans les différents *corpus* (constitutionnel, communautaire, conventionnel, international) ne sont sans doute pas identiques. Il s'agit certes là de limites tout à fait raisonnables, mais au-delà, c'est l'ensemble des systèmes qui n'est pas comparable, notamment dans l'encadrement des limites, exceptions, dérogations. En outre, utiliser une forme ou une autre d'un droit, amène à intégrer avec lui la jurisprudence de l'organe juridictionnel qui l'a interprété voire consacré. Or il n'est pas certain que les lignes jurisprudentielles de la CEDH, de la CJUE, du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation connaissent les mêmes enjeux et les mêmes conséquences. Enfin, bien sûr, il ne faut pas négliger le fait que les effets du contrôle de conventionnalité ne se font sentir que pour le requérant qui a soulevé cette exception et non à l'égard de tous. L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité est donc aujourd'hui de permettre l'abrogation des dispositions législatives litigieuses.

## Section 2 : Dans le cadre de la loi

---

La tradition française reste marquée par le rôle de la loi (expression de la volonté générale) et des juges qui l'appliquent et maintiennent, en matière de contrôle de constitutionnalité, le principe de l'écran législatif. La loi demeure l'instrument privilégié de conciliation des droits entre eux en cas de conflit ou entre sujets. Le juge assure la concrétisation effectuée par le législateur.

### §1. Le rôle de la loi

---

Confirmant la tradition légicentriste dans le domaine des libertés, l'article 34, alinéa 2, pose que la loi « *fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ». Au-delà, aux termes de l'article 34, la loi fixe les règles concernant de nombreuses dimensions touchant aux droits fondamentaux, notamment la nationalité, l'état et la capacité des personnes, la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ou encore la procédure pénale, de même qu'il lui revient de déterminer les principes fondamentaux de l'enseignement, de la préservation de l'environnement, du droit du travail ou encore du droit syndical et de la sécurité sociale. De nombreuses autres dispositions constitutionnelles renvoient expressément au législateur en matière de libertés : les articles 4, 10, 11 et 17 de la Déclaration de 1789, les alinéas 3 et 7 du [préambule](#), les articles 3, 4 et 66 de la Constitution de 1958, les articles 3, 4 et 7 de la [Charte de l'environnement](#).

Le Conseil constitutionnel n'a tiré aucune conséquence de la distinction selon laquelle la loi fixe les règles ou détermine les principes fondamentaux. L'interprétation qu'en donne le Conseil se révèle depuis toujours généreuse. Il a pu faire entrer les régimes d'aide sociale dans la catégorie des régimes de sécurité sociale pour en déduire la compétence du législateur. Cette politique lui permet aussi de garder sa compétence sur ces questions au lieu de l'abandonner au Conseil d'État qui admet que le pouvoir réglementaire puisse exceptionnellement devenir compétent pour pallier l'inaction du législateur. On sait aussi que depuis 2005, le Conseil constitutionnel, s'il peut indiquer à quel domaine appartient telle ou telle disposition, n'en constate pas pour autant l'inconstitutionnalité lorsqu'il s'agit pour la loi d'empiéter sur le domaine réglementaire.

La **théorie de l'incompétence négative**, interdisant au législateur de se défaire des compétences qui lui reviennent, notamment au profit du pouvoir réglementaire, vient garantir cette partition des compétences qui fait confiance au débat parlementaire, et qu'il convient donc de ne pas surestimer comme élément de protection des libertés (effet du fait majoritaire). Plusieurs décisions ont censuré des délégations implicites de compétence, le législateur étant resté en deçà de son rôle, notamment au profit d'autorités administratives indépendantes et du gouvernement. Le législateur se trouve souvent sollicité par les sources des droits et libertés qui doit agir (art. 7 à 9 de la Déclaration de 1789) ou fournir un cadre général législatif (art. 10, 11 et 17 du même texte ou du préambule de 1946, qui enjoint à la Nation « *d'assurer* » (al. 10) et de « *garantir* » (al. 11)). Le juge constitutionnel n'assure pas pour autant le contrôle de cette initiative ou de l'abstention du législateur faute d'une disposition l'y invitant. L'argument fonctionne également dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité (CC, 18 juin 2010, déc. n° [2010-5 QPC](#), SNC Kimberly Clark.). En matière de fin de vie, le Conseil a admis que le législateur puisse ne pas lui-même prévoir les conditions d'arrêt des traitements pourvu qu'un recours d'urgence existe (sans préciser lequel d'ailleurs) (CC, déc. n° [2017-632 QPC](#) du 2 juin 2017, Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés). En matière de sécurité publique (maintien de l'ordre matériel, par exemple dans le cadre des manifestations sur la voie publique), en dépit de la grande sensibilité de ce sujet au regard des libertés, le Conseil constitutionnel (CC, 12 mars 2021, déc. n° [2020-889 QPC](#), M. Marc A. et autres (Technique de l'encerclement dans le cadre du maintien de l'ordre) et le Conseil d'Etat (CE, 10 juin 2021, Syndicat national des journalistes et autres, déc. n°<sup>OS</sup> [444849](#), 445063, 445355, 445365) ont par contre rejeté toute obligation constitutionnelle d'intervention de la loi, pour accorder une grande initiative au pouvoir réglementaire.

## §2. Le rôle du juge administratif

Le Conseil d'État a été l'organe de « l'État légal » même s'il lui a fallu du temps pour apparaître indépendant et aussi protecteur que le juge judiciaire des droits.

La Cour de cassation expose ainsi que « *eu égard à la valeur constitutionnelle de la compétence et de l'indépendance de la juridiction administrative, le fait qu'un agent public auquel est imputé un fait dommageable commis dans l'exercice de ses fonctions doit, en principe, être attiré devant elle pour en répondre à l'égard de la victime ne porte aucunement atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la loi, en particulier devant la justice, l'accès aux juridictions des deux ordres et les garanties offertes au justiciable étant équivalents* » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 mars 2012, pourvoi n° [11-24.638](#)). Il ne faut pas oublier que le Conseil d'État joue parfois un rôle de « juge des juges judiciaires » dans sa fonction de contrôle de l'organisation du service public de la justice. Il peut ainsi s'assurer de la légalité des actes administratifs déterminant les compétences des juridictions judiciaires et assurer la qualité des droits des justiciables.

### Exemple

CE, 19 déc. 2008, Conférence des bâtonniers de France et autres à propos des pôles de l'instruction, déc. n° [312553](#), publié au recueil Lebon ; CE, ord. réf., 11 mai 2005, Syndicat des avocats de France, déc. n° [279834](#), à propos de la procédure du « plaider coupable ». Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

Outre le « **référé suspension** » (art. [L. 521-1](#), CJA) qui complète le recours pour excès de pouvoir, le juge administratif dispose du « **référé-sauvegarde ou liberté** » (art. [L. 521-2](#), CJA) permet au juge de prononcer toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale. Les conditions à remplir sont alors l'urgence, l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté dans les pouvoirs de l'administration (sinon il s'agit d'une voie de fait et le juge judiciaire devient compétent). La notion de « liberté fondamentale » s'entend ici de façon autonome ; le juge administratif ne s'aligne pas nécessairement sur le Conseil constitutionnel ni sur le droit conventionnel. Le Conseil d'État a admis que le juge de référé peut aller au-delà du prononcé de mesures provisoires lorsque celles-ci ne suffisent pas à mettre fin à la violation de la liberté : « *il peut enjoindre à la personne qui en est l'auteur de prendre toute disposition de nature à sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale en cause* » (CE, ord. réf., 30 mars 2007, Ville de Lyon). Le juge doit agir dans un délai de 48 heures.

La **notion de «#liberté fondamentale#»** s'entend ici de façon autonome ; le juge administratif ne s'aligne pas nécessairement sur le Conseil constitutionnel ni sur le droit conventionnel. On retiendra notamment : droit de mener une vie familiale normale (CE, 30 oct. 2001, déc. n° [238211](#), min Int. c/ Tliba), droit de grève (CE, 9 déc. 2003, déc. n° [262186](#), Aguillon), liberté d'expression (et) liberté de communication des idées et des opinions (CE, 11 juin 2012, n° [360024](#), Cne l'Étang salé), liberté d'aller et de venir (CE, 9 janv. 2001, déc. n° [228928](#), Deperthes, refus de renouvellement ou de délivrance d'un passeport), droit au respect de la vie privée (CE, 25 oct. 2007, déc. n° [310125](#), Y. c/ Conseil national pour l'accès aux origines personnelles), droit à la sûreté (CE, réf., 20 juill. 2001, n° 236196, Cne Mandelieu-Napoule), présomption d'innocence (CE, réf., 14 mars 2005, déc. n° [278435](#), Gollnisch), droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants (CE, réf., 22 déc. 2012, n° 364584, Section française de l'observatoire international des prisons), liberté personnelle (CE, réf., 27 mars 2001, déc. n° [231735](#), min. Int. c/ Djalout et CE, réf., 8 sept. 2005, déc. n° [284803](#), Garde des Sceaux), droit constitutionnel d'asile (CE, 12 janv. 2001, déc. n° [229039](#), Hyacinthe) et son corollaire, le droit de solliciter le statut de réfugié et de demeurer en France le temps nécessaire à l'examen de la demande, liberté d'entreprendre (CE, réf., 12 nov. 2001, Cne Montreuil-Bellay, CE, réf., 26 mai 2006, déc. n° [293501](#), Sté Yacht-club international de Marina Baie-des-anges), liberté du travail (CE, 4 oct. 2004, Sté Mona Lisa Investissements), liberté d'association (CE, réf., 30 mars 2007, déc. n° [304053](#), Ville Lyon), droit de propriété (CE, réf., 23 mars 2001, Sté Lidl), liberté d'opinion (CE, sect., 28 févr. 2001, déc. n° [229163](#), Casanovas), caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion (CE, 24 févr. 2001, Tibéri), droit de bénéficier d'une scolarisation ou d'une formation scolaire adaptée (CE, 15 déc. 2010, déc. n° [344729](#), min. Educ. nat.), liberté de culte (CE, 25 août 2005, déc. n° [284307](#), Cne Massat), libre exercice d'une profession et des droits sociaux qui en découlent (CE, 5 mars 2001, déc. n° [230873](#), préfet Hérault c/ Hajjaj), respect des garanties relatives à l'extradition (CE, ord., 29 juill. 2003, Peqini, n° 258900), liberté de réunion d'un parti politique (CE, ord. réf., 19 août 2002, n° 249666, Front national, Institut de formation des élus locaux), droit

au recours (CE, 13 mars 2006, déc. n° [291118](#), Bayrou), droit au respect de la vie (CE, réf., 22 déc. 2012, Section française de l'observatoire international des prisons et CE, sect., 16 nov. 2011, déc. n° [353172](#) et n° [353173](#), Ville Paris et SEM PariSeine), droit à l'hébergement d'urgence (CE, réf., 20 sept. 2012, M. Munkhbayar B, déc. n° [362750](#)), liberté syndicale (CE, 31 mai 2007, déc. n° [298293](#), Synd. CFDT Interco 28)... Le juge administratif peut ainsi faire preuve de créativité, reconnaissant des droits non clairement admis comme tels par la Constitution (libre administration des collectivités locales : CE, 18 janvier 2001, Commune de Venelles) ou au contraire leur refusant la protection que celle-ci leur accorde (droit à un environnement sain (Mais tout de même : TA Châlon en Champagne, 29 avr. 2005# : un préfet a porté une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté en autorisant le technival sur un aérodrome qui se situe dans une zone d'intérêt faunistique de type «#Natura 2000#».), droit à la santé...). À titre d'exemple de «#libertés#» qui ne paraissent pas «#évidentes#» on retiendra par exemple# : la présomption d'innocence (CE, ord. réf., 14 mars 2005, G.# : un recteur d'académie doit éviter des propos publics tendant à admettre la culpabilité d'un enseignant accusé de révisionnisme, cette présomption doit aussi être conciliée «#avec l'information du public sur le déroulement des instances répressives en cours#» ce qui permet au recteur d'informer le public sans préjuger de l'issue des procédures judiciaires), la liberté corporelle, alors que les droits créances restent souvent en dehors (Logement# : CE, 3 mai 2002, Tibéri# ; santé# : CE, 8 sept. 2005, Bunel sauf à faire jouer la liberté personnelle pour parvenir au même résultat.). Certaines audaces ne sont pas réservées aux juges du fond : le Conseil d'Etat a admis que le droit à la vie est invocable dans la cadre de la lutte contre les requins de l'île de la Réunion ; ce qui conduit à enjoindre au préfet de prendre des dispositions préventives (CE, ord. réf., 13 août 2013, Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint-Leu, déc. n° [370902](#)). Bien sûr, la procédure du référé « sauvegarde a connu un regain de notoriété à l'occasion de son usage dans l'affaire du spectacle « Le mur » de Dieudonné et dans l'affaire de l'arrêt des traitements de V. Lambert (CE, ord. réf., 9 janvier 2014, Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala, déc. n° [374508](#) et CE, Ass., 14 février 2014, Mme Lambert., déc. n° [375081](#)) qui ont mis en évidence autant la grande rapidité d'intervention du juge administratif et la portée de ses pouvoirs d'injonction. Le Tribunal administratif de Strasbourg a lui aussi été amené à se prononcer, dans le cadre d'un conflit familial, sur la poursuite de « soins d'éveil » sur une personne dans le coma, dans le sens de leur caractère raisonnable (TA Strasbourg, ord., 7 avril 2014, n° 1401623).

Le recours à ce référé connaît un très grand succès, et encore plus en période exceptionnelle (état d'urgence loi 1955 ou ordre public sanitaire). La célérité dont fait parfois preuve le juge administratif (jusqu'au Conseil d'Etat qui a tranché la journée même de sa saisine dans l'affaire Dieudonné ; Cf. introduction, supra, n° 3 et s.), jointe à la possibilité d'invoquer une violation de la Convention européenne (abandon de la jurisprudence Carminati (CE, 30 déc. 2002, déc. n° [240430](#), Carminati, Rec.) entre 2015 (not. CE, 11 déc. 2015, déc. n° [395009](#), M. H... X...) et 2016 (CE, 31 mai 2016, Mme C. A., déc. n° [396848](#))), assure au juge administratif une grande capacité d'action qui en fait aujourd'hui le principal garant des droits et libertés. Car on peut attaquer aussi bien une action qu'une abstention.

La **procédure du référé liberté** joue aujourd'hui un rôle important dans le milieu pénitentiaire. Le Conseil d'Etat a rendu ainsi de nombreuses ordonnances qui sanctionnent des fouilles abusives (CE, JR, 6 juin 2013, SFOIP, déc. n° [368816](#), « *Eu égard au nombre de détenus susceptibles d'être exposés à pareille mesure d'ici au 30 juin 2013, la fréquence et le caractère répété des fouilles intégrales encourues à l'échelle de l'établissement pénitentiaire créent une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ;* », des mises à l'isolement abusives ou des refus d'affectation des détenus. Loin de la retenue dont il faisait preuve aux beaux jours des mesures d'ordre intérieur, il estime la situation d'urgence souvent constituée et la situation des droits affectée (ex : « *la sauvegarde des droits auxquels une atteinte grave et manifestement illégale a été portée implique que la demande de changement d'affectation de M. A...soit examinée selon les règles définies par le code de procédure pénale* » , CE, JR, 30 juillet 2015, déc. n° [392100](#), M. B.).

Le **droit de l'état d'urgence** a conduit à permettre au juge du Palais royal d'être l'interlocuteur des forces de police en multipliant les mesures de police administrative. En réaction aux attentats perpétrés à Paris (notamment dans la salle de spectacle du Bataclan le 13 novembre 2015), la mise en œuvre de l'état d'urgence a été décidée par un décret du président de la République du 14 novembre 2015, suivie d'une prorogation par la loi à quatre reprises, notamment après l'attentat de Nice du 14 juillet 2016. La loi n° [2016-987](#) du 21 juillet 2016 a prorogé l'état d'urgence de six mois supplémentaires et enjoint à l'administration de transmettre sans délai copie de tous les actes relatifs à l'état d'urgence. La première loi n° [2015-1501](#) du 20 novembre 2015 proroge l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et trois décrets subséquents ont mis en place un certain nombre de mesures dérogeant aux libertés : contrôle d'identité sans nécessité

de justifier de circonstances particulières ; restriction de la circulation des personnes et véhicules par des couvre-feux limités dans le temps et l'espace ; instauration de périmètres de protection autour des bâtiments publics ou d'édifices privés qui, par leur affectation ou leur situation, peuvent constituer des cibles privilégiées ; réquisitions de personnes et de biens, remise des armes ; possibilité pour le ministre de l'Intérieur d'interrompre tout service de communication en ligne incitant au terrorisme ou en faisant l'apologie ; fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et autres lieux de réunions et interdiction de toute réunion ou manifestation de nature à provoquer ou entretenir le désordre ou de nature à représenter un risque pour les participants (en Île-de-France) ; possibilité pour les forces de l'ordre de conserver les armes de service sur eux ; dissolution d'associations ; perquisitions à domicile, de jour et de nuit, y compris les véhicules (la loi du 21 juillet 2016 ajoute que lorsqu'une perquisition révèle qu'un autre lieu répond aux mêmes conditions, l'autorité administrative peut en autoriser par tout moyen la perquisition ; cette autorisation est régularisée en la forme dans les meilleurs délais) ; saisie de matériel informatique ; assignations à résidence. Le Conseil constitutionnel a érigé le contrôle du juge administratif en condition de la constitutionnalité de la loi (décision n° 2015-527 QPC).

Il en a été de même pendant **l'état d'urgence sanitaire et prolongements liés au Covid**. Les exigences de modulation des restrictions aux libertés ont amené à une intense activité du Conseil d'Etat. Dans un premier temps, il a semblé ne contrôler que de manière très souple les décisions administratives, surtout lorsque la saisine appelait une action positive (fourniture de moyens, édicition de réglementation). Tout au plus, a-t-il enjoint au Premier ministre et au ministre chargé de la santé de préciser, réexaminer ou évaluer certaines dispositions réglementant des déplacements et dont le périmètre n'était pas assez précis (CE, ord. réf., 22 mars 2020, Syndicat Jeunes Médecins, déc. n° 439674).

Mais avec la maîtrise de l'épidémie et la fin du confinement de la population, il a rendu quelques décisions qui censure des interdictions de rassemblements jugées trop larges. Ce fût le cas de la liberté de culte (CE, ord. réf., 18 mai 2020, M. W... et autres, déc. n°<sup>os</sup> 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590) dont il permis l'exercice dans les lieux consacrés sous réserve du respect des règles de protection, et de la liberté de manifester (CE, ord. réf., 13 juin 2020, Ligue des droits de l'Homme, CGT, déc. n°<sup>os</sup> 440846, 440856, 441015) : si l'article 3 du décret du 31 mai 2020 interdisait les rassemblements, réunions ou activités, le juge des référés, s'appuyant sur les préconisations du Haut Conseil de la santé publique, a suspendu son exécution pour les manifestations sur la voie publique soumises à l'obligation d'une déclaration préalable sauf lorsque les « mesures barrières » ne peuvent être respectées ou que l'événement risque de réunir plus de 5 000 personnes. Il a également exclu que l'usage de drones pour la surveillance des rassemblements s'opère sans respect du droit des données personnelles (CE, ord. réf., 18 mai 2020, Association La quadrature du net, Ligue des droits de l'Homme, déc. n°<sup>os</sup> 440442, 440445).

Le contentieux administratif lié à la pandémie du Covid-19 a principalement porté soit sur les mesures restrictives de liberté censées protéger la santé de la population (la limitation de la liberté d'aller et de venir, CE, ord. réf. 30 avril 2020, Fédération française des usagers de la bicyclette, déc. n° 440179 ; la limitation du droit au procès équitable, CE, Ord. Réf., 10 avril 2020, Syndicat des avocats de France et autres, déc. n° 439903 ; ou prenant en compte la situation des personnes sans domicile fixe ou « migrants », CE, ord. réf. 9 avril 2020, Ass. Mouvement citoyen tous migrants et autres, déc. n° 439895), ou sur l'aggravation locale des mesures (comme l'obligation de porter un masque dans la rue, CE, ord. réf., 17 avril 2020, déc. n° 440057, Cne de Meaux), ou sur le choix de laisser ouvertes des entreprises d'intérêt national (CE, ord. réf., 18 avril 2020, FTM-CGT, déc. n° 440012), soit sur les moyens de la protection des soignants (CE, ord. réf., 28 mars 2020, Le syndicat des médecins d'Aix et région, déc. n° 439726) ou dans d'autres services publics ouverts (pour les auxiliaires de justice, CE, Ord. Réf., 20 avril 2020, Ordre des avocats au barreau de Marseille et autres, déc. n° 439983, 440008 ; pour les agents pénitentiaires CE, ord. réf., 8 avril 2020, Syndicat national pénitentiaire FO et autres, déc. n° 439821 et les détenus CE, Ord. Réf., 8 avril 2020, SFOIP, déc. n° 439827).

Le juge est ensuite entré dans un contrôle récurrent des limitations de libertés au regard de la contagiosité de l'activité entravée et de sa nécessité pour le maintien de l'activité économique en particulier. En ressort un certain byzantinisme non exempt d'apparentes contradictions qui tiennent aux circonstances de chaque demande. Le principe d'égalité a ainsi pu paraître malmené. Le passage d'un contentieux des fermetures de lieux au contentieux du « passe sanitaire », n'a fait de ce point de vue que déplacer le problème : comme l'estimait le Conseil d'Etat dans son avis n° 401741 du 17 décembre 2020 : « *sans être par elle-même assimilable à une obligation de soins* » une telle mesure peut « *avoir des effets équivalents* » et justifie par

conséquent « *un strict examen préalable de nécessité et de proportionnalité, dans son principe comme dans son étendue et ses modalités de mise en œuvre, au vu des données scientifiques disponibles* » (point 26). Pourquoi tel lieu ne peut être accessible qu'avec preuve d'une faible contagiosité et non tel autre ? Le raisonnement du gouvernement fait appel à tant de paramètres que le juge peine à vouloir s'immiscer dans un contrôle entier qui dépend de données fournies par l'administration elle-même. En effet, la loi n° [2021-689](#) du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire a été « prolongée » par l'adoption de la loi n° [2021-1040](#) du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire. Le juge administratif a dû appliquer cette loi et en vérifier la conventionnalité sous l'angle du « manifeste ». Le Conseil d'État (ordonnance, 6 juillet 2021, La Quadrature du net, déc. n° [453505](#)) a validé le principe du passe-sanitaire et de ses hypothèses d'application). Dans décision du 3 mars 2021 (n° [449759](#)) il admettait la possibilité d'opérer une différence de traitement fondée sur la situation vaccinale des personnes, en écartant alors les doutes qu'il avait pourtant émis le 1<sup>er</sup> avril 2021 sur l'efficacité d'un tel dispositif (CE, ord., 1<sup>er</sup> avril 2021, déc. n° [450956](#)). Puis il valide le décret qui abaisse la jauge de 1000 à 50 personnes conditionnant l'accès à certains espaces publics à la présentation du « passe sanitaire » (CE, ord., 26 juillet 2021, M. B et autres, déc. n° [454754](#)).

### §3. Le rôle de l'autorité judiciaire

---

Que signifie « autorité judiciaire » ? Le Conseil constitutionnel pose que « *l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet* » (not. CC, 30 juill. 2010, déc. n° [201014/22 QPC](#), Daniel W. et autres), ce qui permet la constitutionnalité de la législation relative à la garde à vue qui voit l'intervention fréquente du ministère public du point de vue de la répartition des compétences de l'article 66. Le Conseil a même admis qu'un recours du parquet contre une décision de remise en liberté émanant du siège a un effet suspensif. Au contraire la CEDH émet un doute sur la qualité des membres du parquet pour assurer la protection de la liberté individuelle : l'arrêt *Moulin c. France* du 23 novembre 2010 (req. n° [37104/06](#)) maintient, s'agissant d'une avocate mise en cause dans le cadre d'une procédure relative à un trafic de stupéfiants et placée en garde à vue plusieurs jours par un juge d'instruction sans entendre personnellement la requérante (qui fût présentée au procureur adjoint deux jours après son arrestation), que les membres du ministère public, du fait de leur statut, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance requise à l'égard de l'exécutif.

Selon l'article [66](#) de la Constitution : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe* ». Il fait écho à l'article [136](#) du Code de procédure pénale. Selon le champ donné à la liberté individuelle, le rôle du juge judiciaire évolue. Le Conseil constitutionnel a détaché de la liberté individuelle ses « satellites » que sont la liberté du mariage, celle d'aller et venir, la vie privée, la protection du domicile.

La question qui se pose alors est celle du rattachement des libertés de l'individu jusqu'alors affiliées à l'article 66 de la Constitution. Le Conseil décide de les affilier à la liberté personnelle. La décision n° [99-416 DC](#) du 23 juillet 1999, sur la loi portant création d'une couverture maladie universelle, détache de la liberté individuelle la vie privée ; la décision n° [2003-484 DC](#) du 20 novembre 2003 sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration détache la liberté du mariage de la liberté individuelle en des termes particulièrement nets en ce qui concerne la définition de la liberté personnelle, puisque le considérant 94 de cette décision mentionne « *le respect de la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789* ».

Depuis 2003, le rôle de l'autorité judiciaire ne peut se justifier que par les critères traditionnels (par exemple la liaison avec le contentieux fiscal) non constitutionnels et des raisons institutionnelles comme l'autorité exercée sur la police judiciaire ou les douanes. Cela explique que des violences exercées lors d'un contrôle d'identité sur la voie publique relèvent du juge administratif car elles mettent en cause la liberté personnelle mais non la liberté individuelle au sens strict faute de détention (Le raisonnement repose alors sur l'opposition entre police administrative et police judiciaire : [T. confl., 28 avr. 1980, Waroquier](#)). Inversement, on ne devrait plus voir les juges invoquer « les droits individuels » pour entraîner l'application de l'article 66 comme la Cour de cassation le fit (Cass. crim., 25 avr. 1985, *Bogdan*, pourvoi n° [85-91.324](#)). Le même fondement conditionne la compétence des juridictions judiciaires à l'égard des mesures d'hospitalisation d'office en établissement psychiatrique décidées par les préfets.

Le juge judiciaire reste en principe le seul à pouvoir prendre un acte attentatoire à la liberté individuelle bien que l'administration puisse enfermer un individu pendant un certain temps. Le Conseil constitutionnel développe une jurisprudence constante qui permet de concilier ces deux aspects en mettant en avant l'efficacité de l'intervention de l'autorité qui doit agir dans un bref délai. Un effet de « seuil » temporel permet à l'administration de prendre une mesure attentatoire à la liberté d'aller et venir, mais, passé ce délai, la liberté individuelle se trouve en cause et le juge judiciaire compétent à ce titre. La décision du 9 janvier 1980 admet que 48 heures de rétention d'un étranger interdit de territoire reste sous contrôle administratif mais qu'un délai de sept jours avant intervention de l'autorité judiciaire serait inconstitutionnel. Le législateur a porté en 2011 ce délai à 5 jours.

En se fondant sur l'article 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel (CC, 22 nov. 1978) réserve le prononcé d'une peine privative de liberté aux juridictions judiciaires quand les modalités d'exécution des peines privatives de liberté peuvent être décidées par des autorités autres que des juridictions. Le fait que l'autorité judiciaire assure le respect de la sûreté, ne s'oppose pas à ce que soient dévolues à la juridiction de proximité des compétences en matière pénale dès lors que ne lui est pas confié le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté (CC, 29 août 2002, déc. n° [2002-461 DC](#)). De même, le principe de séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement fonde constitutionnellement une garantie supplémentaire d'impartialité (CC, 2 mars 2004, déc. n° [2004-492 DC](#)). En revanche, aucune disposition de la Constitution n'exclut que les modalités d'exécution des peines privatives de liberté soient décidées par des autorités autres que des juridictions (CC, 22 nov. 1978, déc. n° [78-98 DC](#)).

À propos de l'hospitalisation sur demande d'un tiers le Conseil constitutionnel (CC, 26 nov. 2010, déc. n° [2010-71 QPC](#), Mlle Danielle S.) pose que l'article 66 ne s'interprète pas comme réservant la privation de liberté à l'autorité judiciaire (décision ou contrôle de la décision). Une autorité administrative peut légitimement restreindre la liberté d'aller et de venir, jusqu'à ce que la rétention entame la liberté individuelle. Jusqu'à 2011 le juge administratif était compétent pour apprécier la régularité de la procédure et le juge judiciaire (JLD) pour apprécier la nécessité de la privation de liberté en cause et pour octroyer des dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi du fait d'une hospitalisation illégale. La loi du 5 juillet 2011 procède à cette unification du contentieux au profit du juge judiciaire. Le juge de la liberté et de la détention devient seul compétent pour connaître de la régularité des décisions administratives fondant la mesure de soins psychiatriques sans consentement (CSP, art. [L. 3216-1](#)). Sur le fond, l'irrégularité d'une décision entraîne la mainlevée des soins « *s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui en faisait l'objet* ». L'octroi de dommages-intérêts résulte de l'illégalité de l'hospitalisation (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 janv. 2011, n° [09-14.905](#)). Désormais, le JLD pourra être saisi de trois manières : la saisine facultative que le « patient » peut faire à tout moment afin de demander la mainlevée de la mesure ; la saisine obligatoire avant l'expiration de délais fixés par la loi en cas d'hospitalisation complète ; la saisine de plein droit lorsqu'il existe un désaccord entre le psychiatre et le préfet. La loi du 27 septembre 2013 a ramené le délai de contrôle de 15 à 12 jours en précisant que le juge des libertés et de la détention (JLD) devra être saisi dans les 6 jours suivant l'admission en soins sans consentement. L'audience se tiendra à l'hôpital et non plus au palais de justice.

Le Conseil juge qu'il résulte de l'article 66 de la Constitution que la police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire. Cette exigence ne serait pas respectée si des pouvoirs généraux d'enquête criminelle ou délictuelle étaient confiés à des agents qui, relevant des autorités communales (police municipale et gardes champêtres), ne sont pas mis à la disposition d'officiers de police judiciaire ou de personnes présentant des garanties équivalentes (CC, 20 mai 2021, n° [2021-817 DC](#) - Loi pour une sécurité globale préservant les libertés).

De son côté, le Conseil d'État (CE, ord. réf., 1<sup>er</sup> avr. 2010, Charles A.) a admis, dans le domaine de la santé mentale, le recours au référé-sauvegarde pour la contestation formelle de la décision d'internement pouvant déboucher sur l'injonction de mise en liberté, estimant donc implicitement, que durant les 48 heures qui encadrent le recours en référé, la liberté individuelle n'est pas encore en cause. La CEDH avait aussi formulé différents doutes sur les risques que la dualité de juridiction française pouvait faire peser plus particulièrement dans ce cadre sur le droit à un recours effectif. Elle pose que « *des garanties spéciales de procédure peuvent s'imposer pour protéger ceux qui, en raison de leurs troubles mentaux, ne sont pas entièrement capables d'agir pour leur propre compte* » (CEDH, 12 mai 1992, Megyeri c. Allemagne, req. n° [13770/88](#), § 22 et CEDH, Vaudelle c. France, 30 janv. 2001, req. n° [35683/97](#), § 60). Étaient en cause, tout à la fois, l'incertitude de la répartition des compétences et les difficultés de mise en œuvre de procédures séparées pour une même situation et plus encore l'absence de délai imparti au juge pour traiter le dossier. La Cour est à nouveau

parvenue à la conclusion que, « *dans les circonstances très particulières de l'espèce, l'articulation entre la compétence du juge judiciaire et celle du juge administratif quant aux voies de recours offertes n'a pas permis au requérant d'obtenir une décision d'un tribunal pouvant statuer sur la légalité de sa détention et ordonner sa libération si la détention est illégale* » (CEDH, 18 nov. 2010, Baudoin c. France, req. n° [35935/03](#)). Tirant toutes les conséquences de la loi de 2011, le Conseil d'Etat estime que seul le juge judiciaire est désormais compétent pour apprécier la légalité des mesures affectant une personne hospitalisée sans son consentement y compris l'aménagement du séjour et le régime des sorties, même si cela n'entame pas la liberté individuelle (CE, 16 juillet 2012, Centre hospitalier spécialisé Guillaume Régnier, déc. n° [360793](#)).

Reconnue par l'arrêt *Action française* (T. confl., 8 avr. 1935, *Action française*), la théorie de la voie de fait conduit à attribuer aux juridictions judiciaires la compétence à l'égard d'actes émanant de l'administration mais qui, compte tenu de la gravité des vices qui les entachent, ne sauraient être imputés à l'administration en tant qu'institution. Les juridictions judiciaires jouissent alors d'une plénitude de compétence qui s'étend de la constatation de l'existence d'une voie de fait (y compris l'appréciation de la légalité des actes administratifs), au prononcé d'injonctions et à la réparation des dommages causés (T. confl., 30 oct. 1947, Barinstein). Le [Tribunal des conflits](#) a infléchi la définition de la voie de fait (T. confl., 17 juin 2013) : « *il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative.* ». Cet arrêt opère en partie une réduction des hypothèses de voie de fait :

- d'abord, en passant des « libertés fondamentales » à la seule « liberté individuelle » (recentrage sur compétence constitutionnelle art. 66). Désormais, les actes administratifs portant atteinte à une liberté fondamentale (autre que la liberté individuelle ou l'extinction du droit de propriété) relèvent systématiquement et exclusivement de la compétence du juge administratif quand bien même ils sont manifestement insusceptibles de se rattacher à une compétence détenue par l'administration ou constituent une exécution forcée irrégulière ;
- ensuite en évoquant seulement l'« extinction » de la propriété privée par opposition à « limitation ». Mais dans le même temps, il opère aussi une extension des hypothèses de la voie de fait car le critère de « gravité » de l'atteinte disparaît, ce qui semble indiquer qu'il pourrait y avoir voie de fait dès qu'il y a atteinte à la compétence du juge judiciaire. La compétence du juge administratif est admise pour prévenir et constater la voie de fait. En référé, il peut enjoindre la cessation des actes qui créent la voie de fait.

La [Cour de cassation](#) (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 mai 2014, pourvoi n° [12-28.248](#), Commune d'Uzerche) a ainsi estimé que, faute d'extinction du droit de propriété, ne s'analysent pas comme une voie de fait des travaux d'aménagement réalisés par une commune qui ont, d'une part supprimé les signes distinctifs de la limite entre une propriété privée et le domaine public, entraînant ainsi une occupation irrégulière de la propriété privée par les automobilistes, et, d'autre part, créé trois points d'ancrage supplémentaires sur la façade pour l'éclairage public.

« *La protection de la propriété privée rentre essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire* » écrit depuis 1949 le Tribunal des conflits. De façon constante le contrôle de toute privation irrégulière de propriété échappe au juge administratif, tout comme le soin de fixer le prix de cette privation (pour l'expropriation en priorité). Il s'agit de l'emprise qui consiste pour une administration à prendre possession temporairement ou définitivement, de façon partielle ou totale d'un immeuble, et d'empêcher ainsi son propriétaire de l'utiliser. Les juridictions judiciaires se cantonnaient à l'indemnisation, jusqu'à ce que le Tribunal des conflits l'attribue au juge administratif, mettant ainsi fin à une théorie brouillant les compétences et ralentissant l'accès du justiciable à la réparation (T. confl., 9 décembre 2013, Panizzon c. Cne de Saint-Palais sur mer).

L'arrêt des traitements de Vincent, même dans l'éventualité d'une violation du droit à la vie ou des mesures provisoires demandées par les nations-Unies ne sont pas une voie de fait : Cass. Ass. plén., 28 juin 2019, pourvois n°s [19-17.330](#) et [19-17.342](#).

La Cour de cassation casse l'arrêt de cour d'appel qui ordonnait le maintien des soins vitaux prodigués à M. X..., et ne renvoie pas l'affaire devant un nouveau juge. La Cour de cassation déclare la juridiction judiciaire incompétente.

L'article 66 de la Constitution de 1958 fait du juge judiciaire le gardien de la « liberté individuelle ». Selon le Conseil constitutionnel, seules les privations de libertés peuvent être qualifiées d'atteintes à la « liberté individuelle » (garde à vue, détention, hospitalisation sans consentement) ; le droit à la vie n'entre pas dans le champ de l'article 66.

Dès lors, le refus de l'État d'ordonner le maintien des soins vitaux prodigués à M. X... ne constitue pas une atteinte à la liberté individuelle.

Le Code de la santé publique prévoit la possibilité pour un CHU, sous certaines conditions, de cesser de prodiguer à un patient des soins vitaux. La justice administrative a validé la décision du CHU en charge de M. X... d'arrêter les soins. La Cour européenne des droits de l'homme a conforté la France dans son analyse.

Dès lors, en refusant d'ordonner le maintien des soins demandé par le comité de l'ONU, l'État n'a pas pris une décision qui dépasse manifestement les pouvoirs lui appartenant.

Aucun des éléments constitutifs de la voie de fait n'est réuni : le juge judiciaire n'est donc pas compétent dans cette affaire.

Dans ces conditions, la Cour de cassation n'avait pas à se prononcer sur le caractère contraignant ou non d'une demande de mesure provisoire formulée par le comité des droits des personnes handicapées de l'ONU. La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel sans renvoyer l'affaire devant un nouveau juge. Elle déclare la juridiction judiciaire incompétente.