

Véronique Champeil-Desplats

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A-T-IL UNE CONCEPTION DES LIBERTÉS PUBLIQUES ?

Nous n'entretiendrons pas le mystère. Non, le Conseil constitutionnel n'a pas une conception des libertés publiques. Encore faut-il expliquer pourquoi, car cette réponse peut avoir deux significations. Elle peut indiquer que le Conseil constitutionnel n'a aucune conception des libertés publiques. Ses décisions en la matière ne configuraient qu'un magma informe, irruption de velléités d'un moment. Elles laisseraient alors le lecteur face à une série d'affirmations qu'il peut laisser pour telles ou dont il peut tenter une reconstruction personnelle. Une réponse négative peut aussi signifier que le Conseil constitutionnel n'a pas une conception unitaire des libertés publiques, mais plusieurs qui se donnent à l'observateur de façon plus ou moins explicite et cohérente.

À la lecture des décisions du Conseil constitutionnel, on est tenté de conclure à l'absence d'une conception des libertés publiques dans ces deux sens à la fois. Oscillant entre la succession de conclusions péremptoires et l'édification 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 énoncé à certaines conclusions. Le Conseil laisse le lecteur devant à un tableau impressionniste des contours des libertés publiques (I).

Le prétorien constructif caractérise les précisions afférentes au régime des libertés publiques. Le constituant est en effet resté peu loquace en ce domaine. Il s'est contenté, en 1958, d'affirmer que la loi fixe les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (art. 34 al. 2 de la Constitution). Seule la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 sur la décentralisation a quelque peu enrichi les références aux libertés publiques en érigeant les conditions essentielles de leur exercice en

limite des compétences conférées aux collectivités territoriales métropolitaines et ultra-marines (art. 72 al. 4, 73 al. 5 et 6 et 74 al. 11). Alors que le texte de la constitution semble donc s'en tenir à l'affirmation générale de réserves de loi et de la compétence de l'État, le Conseil constitutionnel a apporté plusieurs précisions sur le régime constitutionnel des libertés publiques, précisions qui procèdent d'une approche expressionniste (II).

I. L'approche impressionniste des contours des libertés publiques

Le Conseil constitutionnel ne définit pas la notion de libertés publiques, ni, non plus, ce que seraient « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Il procède à des qualifications au cas par cas, par touches successives, au gré de ses décisions. Leur rapprochement permet de repérer quelques traits saillants, mais ceux-ci ne sont en réalité que le produit d'un effort doctrinal de mise en perspective et de reconstruction *a posteriori* d'une cohérence supposée. L'observation vaut tout autant à propos des qualifications dont peuvent faire l'objet les libertés (A), que des raisonnements fondés sur une liberté publique particulière ou les libertés publiques en général. Ceux-ci sont imposés aux lecteurs sur le mode de l'évidence (B).

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

Le Conseil constitutionnel ne livre aucun critère de définition des libertés publiques qui spécifierait leur genre général et leurs traits particuliers. Leur liste est spécifiée au cas par cas (1), tout comme le sont les autres qualifications dont peuvent faire l'objet chacune des libertés considérées (2).

1) Les libertés publiques : un listing

Le Conseil constitutionnel ne définit pas les libertés publiques. Le lecteur doit se contenter d'une liste qui s'allonge au fil des décisions. Les libertés publiques ne sont alors pas autre chose que les énoncés que le Conseil qualifie comme tel au gré de sa jurisprudence sans raisons apparentes. À la lecture des décisions du Conseil constitutionnel, les libertés publiques sont donc : la liberté de communication ou droit de la libre communication¹ et ses déclinaisons (la communication des idées

1. Déc. n°82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle* ; n°96-378 DC,

et des informations², la libre communication des pensées et des opinions³, 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. Cette liste peut évidemment être à l'avenir complétée.

23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications* ; n°201-450 DC, 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*. Toutes les décisions citées sont accessibles sur le site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/les-decisions.95486.html>.

2. Déc. n°64-27 L, 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...*

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

4. Déc. n°91-304 DC, 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. Déc. n°84-181 DC, 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, 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*.

6. Déc. n°76-88 L, 3 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. Déc. n°81-121 L, 9 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. Déc. n°94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité* ; n°99-411 DC, 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 Déc. n°2010-604 DC, 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. Déc. n°2001-446 DC, 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*.

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

Quelles sont les caractéristiques qui relient entre elles ces droits et libertés ? De prime abord, elles entrent dans 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 sont de type individuel et classiquement considérés « de première génération ». On observera aussi que certaines libertés habituellement présentées au nombre des libertés publiques par la doctrine n'ont jamais expressément ainsi été qualifiées 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 donnée mais qu'il n'ait pas estimé nécessaire de s'en saisir, alors même qu'il affirme par ailleurs leur valeur constitutionnelle. Tel est le cas de la liberté d'association¹¹ ou de la liberté de manifestation¹².

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

Le Conseil constitutionnel se montre peu bavard et fait parfois preuve de confusion lorsqu'il met en rapport la notion de liberté publique avec d'autres qualifications dont peuvent faire l'objet les droits et libertés. Il lui arrive, en effet, en passant d'un considérant à l'autre ou en répondant aux auteurs de saisines, de changer les qualifications des droits et libertés considérés, et cela sans explication. Autrement dit, ce que les auteurs de saisine présentent comme des libertés publiques deviennent 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. Exemple peut être donné de 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 porte « 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 leur répond « qu'aucun principe de valeur constitutionnelle ne fait obstacle » à cette interdiction¹³.

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

12. Déc. n°94-352 DC, 18 janvier 1995, *précit.* ; n°98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*.

13. V. aussi les Déc. n°82-141 DC, 27 juillet 1982, *précit.* ; n°84-185 DC, 18 janvier 1985, *précit.* ; n°85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances* ;

Par ailleurs, il arrive aussi au Conseil constitutionnel d'intégrer certaines libertés publiques dans des catégories non expressément prévues par les textes constitutionnels, catégories qu'il façonne progressivement. Cette attitude n'est pas étrangère à l'émergence des débats doctrinaux dont les qualifications des droits et libertés ont été l'objet depuis les années 1990 en France¹⁴. Le Conseil constitutionnel a pu jeter le trouble, tout particulièrement lorsqu'il s'est référé à la notion de droits et libertés constitutionnels fondamentaux. S'agissant des libertés publiques, deux séries de questions se posent alors. D'une part, 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 ? D'autre part, 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 questions, la réponse est simple : les libertés publiques peuvent être des droits et libertés de valeur constitutionnelle, mais toutes semblent ne pas l'être. C'est ce que suggère la référence faite aux « libertés publiques constitutionnellement garanties »¹⁵. S'il existe des libertés publiques constitutionnellement garanties, c'est qu'il en existerait donc qui ne le seraient pas. Ont ainsi été expressément qualifiées de libertés publiques constitutionnellement garanties : la libre communication des pensées et des opinions¹⁶, la liberté de communication et la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer¹⁷, la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile¹⁸, l'inviolabilité du domicile¹⁹, la vie privée²⁰. À 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

n°86-216 DC, 3 septembre 1986, *précit* ; n°86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication* ; n°96-378 DC, 23 juillet 1996, *précit* ; n°2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*

14. V. V. Champeil-Desplats, « Des libertés publiques aux droits fondamentaux : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, 2010, www.juspoliticum.com/des-libertes-publiques-aux-droits.html.

15. V. par exemple, Déc. n°94-352 DC, 18 janvier 1995, *précit*.

16. Déc. n°84-173 DC, 26 juillet 1984, *précit*.

17. Déc. n°84-181 DC, 11 octobre 1984, *précit*.

18. Déc. n°94-352 DC, 18 janvier 1995, *précit* ; n°99-411 DC, 16 juin 1999, *précit*.

19. Déc. n°96-377 DC, 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*.

20. Déc. n°2010-604 DC du 25 février 2010, *précit*.

libertés publiques précédemment énumérées, on peut se demander quelles sont celles qui, finalement, n'auraient pas vocation à obtenir le rang constitutionnel²¹.

S'agissant maintenant de la qualification de libertés fondamentales, la réponse est identique mais présente une moindre actualité. Certaines 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'imprimer²². 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 range la liberté d'aller et venir et la liberté du mariage²³. Il reste que cette qualification a fait long feu. Le Conseil l'a délaissé à la fin des années 1990, 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 général de l'art. 34 al 2, aux conclusions qui en sont tirées. En la matière, le Conseil place le lecteur face à un tableau aux contours incertains. Des grands traits se dégagent sans que l'on puisse toujours percevoir ce qui les relie. Concédonc toutefois qu'il existe

21. Signalons que la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 introduit une légère complication dans les rapports entretenus entre les libertés publiques et leur valeur constitutionnelle. L'art. 72 al. 4 de la constitution prévoit 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 constitutionnellement garanti ou comme pouvant les associer. Pour le moment, le Conseil n'a pas pris de position explicite sur cette question. Il semble néanmoins à la lecture des quelques décisions qui s'y rapportent qu'il interprète le « ou » de façon inclusive.

22. Déc. n°84-181 DC, 11 octobre 1984, *précit.*

23. Déc. n°93-325, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* ; n°97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.*

des cas dans lesquels une appréhension des dispositions législatives fondée sur un sens commun – partagé par la communauté des juristes, ajouterait D. Rousseau²⁴ –, et la connaissance, même sommaire, de la jurisprudence du Conseil tend à se ranger du côté de son appréciation. Mais dans d'autres cas, qui restent nombreux, le rejet par une simple phrase des allégations des auteurs de saisine ou l'affirmation non étayée de ce que telle disposition législative n'affecte pas « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »²⁵, s'imposent moins au sens commun même savant. Un minimum d'explication ne serait pas superflu pour saisir, y compris vaguement, les conceptions des libertés publiques qui animent notre Conseil.

Il est ainsi fréquent que le Conseil constitutionnel cite l'énoncé de l'art. 34 al. 2 de la Constitution comme un fondement auto-suffisant. Il conclut alors au caractère législatif ou non de la disposition contrôlée lorsqu'il est interrogé 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 désigner la ou les liberté(s) publique(s) qui lui ont servi de fondement. Il joue de la sorte sur l'effet d'évidence et d'autorité dont est supposé être pourvu le raisonnement non étayé d'une instance décisionnelle suprême. Les exemples seraient nombreux. Celui fourni par la décision n°89-254 DC du 4 juillet 1989 sur la loi modifiant la loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations est particulièrement marquant en raison de la sécheresse de la réponse apportée par le Conseil constitutionnel aux auteurs de saisine. Alors que ceux-ci estimaient que la loi déférée mettrait « en cause une situation existante relative à l'exercice d'une liberté publique », le Conseil répond sans appel : « 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 déférée mettrait en cause une situation existante intéressant une liberté publique est *dénué de pertinence* »²⁶.

Ces passages express de la prémisse majeure à la conclusion rendent difficile la détermination de la conception des libertés publiques présumée par le Conseil. L'observation s'impose d'autant plus lorsque celui-ci procède par addition de citations d'énoncés du texte constitutionnel faisant office de prémisse majeure. Il accompagne alors sans explication le rappel de l'art. 34 al. 2 de la référence à

24. D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 17.

25. Déc. n°63-25 L, 30 juillet 1963, *Nature juridique de l'article 1^{er} de l'ordonnance n°58-1238 du 17 décembre 1958 modifiant le Code des douanes*.

26. Souligné par nous.

d'autres dispositions de la constitution et en tire une conclusion, sans que l'on puisse savoir quelle part exacte a l'art. 34 al. 2, et donc la référence aux libertés publiques, dans la solution retenue²⁷.

Force est donc de constater qu'il existe souvent un écart sensible entre, d'un côté, la généralité des considérants de principe et, de l'autre, les conclusions particulières portées sur le caractère législatif ou non de dispositions exprimant des mesures parfois très techniques ainsi que sur la constitutionnalité des dispositions législatives. Difficiles à caractériser matériellement, les libertés publiques s'appréhendent, dans les décisions du Conseil constitutionnel, mieux sous l'angle de leur régime.

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 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 ». Mais si, énoncé du texte constitutionnel à l'appui, le Conseil promeut une conception légicentriste du régime des libertés publiques, il joue aussi un rôle d'encadrement et de délimitation de l'intervention législative. Le rappel de la compétence législative 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 alors lui-même ce qui constitue une garantie fondamentale et

27. V. aussi les Déc. n°67-44 L, 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* ; n°83-156 DC, 28 mai 1983, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse* ; n°85-200 DC, 16 janvier 1986, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité* ; n°86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et sociale* ; n°89-259 DC, 26 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* ; n°87-149 L, 20 février 1987 ; n°90-283 DC, 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* ; n°2002-460 DC, 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure* ; n°2005-198 L du 3 mars 2005, ou encore n°2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*. Dans cette dernière décision, pas moins de quatre énoncés du texte constitutionnel fondent la décision d'incompétence négative du législateur : l'art. 7 de la Charte de l'environnement et 3 alinéa de l'art. 34 de la Constitution.

donc l'étendue du domaine de compétence du législateur (A). D'un autre côté, le Conseil se prononce aussi sur 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. Disons-le, depuis quelques temps, il ne se montre jamais aussi constructif que lorsqu'il s'agit de limiter l'exercice des libertés (B).

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

Le Conseil constitutionnel affirme la compétence législative en matière de « 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 de celle-ci b).

a) Ce que le texte législatif peut fixer

Saisi au titre de l'art. 37 al. 2 de la Constitution pour délimiter les compétences respectives de la loi et du règlement en matière de libertés publiques, le Conseil constitutionnel s'appuie souvent sur l'opposition de la fixation de deux types de règles, à savoir, d'un côté, celles par lesquelles des institutions mettent en œuvre, contrôlent ou exercent des missions qui ont des effets sur les libertés publiques et, d'un autre côté, celles constituant des modalités d'aménagement, des mesures d'application ou d'exécution de ces libertés²⁸. Les premières relèvent de la compétence législative, les secondes du pouvoir réglementaire. Le Conseil a d'abord construit cette délimitation à propos des établissements publics en

28. Déc. n°64-27 L, 17 mars 1964, *précit.* ; n°68-50 L, 30 janvier 1968 ; n°68-51 L, 4 avril 1968 ; n°91-304 DC, 15 janvier 1992, *précit.* V. aussi, la solution retenue à propos de l'organisation des référenda 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 : Déc. du 6 septembre 2000, *Pasqua* ; du 6 septembre 2000, *Hauchemaille* ; du 7 avril 2005, *Génération Écologie* ; du 24 mars 2005, *Hauchemaille, Meyet*.

matière audiovisuelle²⁹. Il l'a ensuite étendu à l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations³⁰, à l'Institut national de l'audiovisuel³¹, à la composition des commissions régionales d'hospitalisation³², aux procédures devant la Cour de discipline budgétaire et financière³³ et devant les juridictions administratives³⁴, puis à la « désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement en matière audiovisuelle »³⁵.

Si une cette délimitation des compétences est rarement explicitée, le Conseil constitutionnel s'emploie à plus de justification lorsqu'il se prononce sur l'incompétence négative du législateur.

b) Ce que le législateur doit fixer

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 tant ce que le législateur ne peut laisser à l'appréciation du pouvoir réglementaire ou d'une autre autorité d'application, que ce qu'il doit fixer de façon suffisamment claire et précise pour ne pas risquer que ces derniers portent atteinte aux garanties fondamentales des libertés publiques.

Ainsi, lorsqu'il examine l'existence 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

29. Déc. n°64-27 L, 17 mars 1964, *précit.* ; n°68-50 L du 30 janvier 1968, *précit.*

30. Déc. n°2008-214 L, 4 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.

31. Déc. n°86-217 DC, 18 septembre 1986, *précit.*

32. Déc. n°76-88 L, 3 mars 1976, *précit.*

33. Déc. n°2005-198 L, 3 mars 2005, *précit.*

34. Déc. n°2010-54 QPC, 14 octobre 2010, *Union syndicale des magistrats administratifs.*

35. « 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 », Déc. n°84-173 DC, 26 juillet 1984, *précit.*

du pouvoir réglementaire la détermination des mesures d'application » de ces règles³⁶ ou que relève du pouvoir exécutif « la mise en œuvre des garanties déterminées par le législateur »³⁷. Il précise également 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 »³⁸, ou encore que s'« il est loisible au législateur » « de confier à une autorité administrative indépendante des pouvoirs d'appréciation dans le cadre des conditions et précisions qu'il édicte », « il lui appartient toutefois d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »³⁹.

Fort de ces considérants de principe généraux, le Conseil procède ensuite à un contrôle plus ou moins détaillé⁴⁰ des dispositions soumises à son examen. Là encore, le passage de l'énoncé de la prémisse majeure à la conclusion peut sembler parfois rapide et sujet à discussion. Le Conseil constitutionnel a ainsi pu estimer que le législateur pouvait, sans méconnaître l'étendue de sa compétence, 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 sûre, dès lorsqu'il avait donné une définition de cette notion. Un pays est ainsi d'origine sûre « s'il veille au respect des principes de la liberté, de la démocratie et de l'État de droit, ainsi que des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁴¹. Or pour être généreuse, cette définition n'en est pas moins très générale et laisse donc à l'Office français de protection une marge

36. Déc. n°91-304 DC, 15 janvier 1992, *précit.* ; n°2001-450 DC, 11 juillet 2001, *précit.*

37. Déc. n°2003-485 DC, 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n°52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.*

38. V. par exemple sur la liberté de communication les Déc. n°84-173 DC, 26 juillet 1984, *précit.* ; n°96-378 DC, 23 juillet 1996 *précit.* ; n°2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*. V. aussi la Déc. n°98-399 DC, 5 mai 1998, *précit.*, selon laquelle le législateur ne peut 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 irrégulier

39. Déc. n°93-333 DC, 21 janvier 1994, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* ; V. aussi Déc. n°2009-580 DC, 10 juin 2009, *précit.*

40. 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, Déc. n°97-389 DC, 22 avril 1997, *précit.*

41. Déc. n°2003-485 DC, 4 décembre 2003, *précit.*

d'appréciation certaine, appréciation qui n'a d'ailleurs pas manqué d'être corrigée par le Conseil d'État⁴².

Le débat est d'autant plus ouvert que la précision des dispositions législatives constitue de plus en plus un élément non négligeable dans l'appréciation que porte le Conseil constitutionnel sur l'étendue des compétences exercées par le Parlement, tout particulièrement en matière de libertés publiques. Selon le Conseil en effet, « le plein exercice » de la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier », son art. 34 al. 2, ainsi « que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (...), lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ». Il s'agit ici de prémunir « les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire » et, ainsi, de ne pas « reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »⁴³. Ainsi, s'agissant des OGM, le Conseil a estimé qu'« 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 »⁴⁴. De même, en matière de liberté de communication, le Conseil entreprend un contrôle minutieux des dispositifs de sanctions administratives⁴⁵ ou des politiques de concentration, en traquant les imprécisions et en énonçant au besoin des réserves d'interprétation destinées à remédier à ce qu'il estime être les obscurités, les implicites ou la généralité du texte⁴⁶. Il porte la même attention à la définition des conditions d'autorisation et d'exploitation des systèmes de vidéosurveillance⁴⁷ ou aux critères de sélection, de conservation, de cession et de partage d'informations nominatives⁴⁸. On relèvera incidemment, enfin, que le Conseil fait également preuve de vigilance concernant le statut du silence et de l'implicite en matière de libertés publiques. Il n'hésite pas à déclarer contraire aux exigences de l'art. 34 al. 2 le fait

42. CE, 13 février 2008, *Association Forum des réfugiés*, req. n°295443.

43. Déc. n°2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.

44. Déc. n°2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*.

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

46. Déc. n°86-217 DC, 18 septembre 1986, *précit.*

47. Déc. n°94-352 DC, 18 janvier 1995, *précit.*

48. Déc. n°2004-499 DC, 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, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*.

de laisser aux autorités d'application la possibilité de limiter ou de porter atteinte à l'exercice d'une liberté par une décision implicite⁴⁹.

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 : « 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 »⁵⁰.

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 positions de principe qui inspireront fortement le constituant lors de la révision du 28 mars 2003. À l'occasion de son contrôle de la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, le Conseil réaffirme 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 ». Il censure dès lors la possibilité laissée aux autorités du territoire de la Polynésie française de fixer les règles afférentes à la recherche des preuves des infractions aux réglementations territoriales. Il estime en outre, plus généralement, que le législateur ne pouvait « limiter la compétence de l'État aux seules garanties fondamentales des libertés publiques » et déclare, en conséquence, contraire à la Constitution le mot « fondamentales »⁵¹.

49. À propos du régime des autorisations d'installation des systèmes de vidéosurveillance, V. Déc. n°94-352 DC, 18 janvier 1995, *précit.* Ou encore, s'agissant des décisions de refus de validation des attestations d'accueil des étrangers, qui « doit résulter d'une manifestation non équivoque de volonté », V. Déc. n°2003-484 DC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.*

50. Déc. n°84-185 DC, 18 janvier 1985, *précit.* ; n°93-329 DC, 13 janvier 1994, *précit.* ; n°2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse.*

51. Déc. n°96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française.* V. également s'agissant de la compétence législative en matière d'interruption volontaire de grossesse et ses limites, Déc. n°2001-446 DC, 27 juin 2001, *précit.*

La révision constitutionnelle en matière de décentralisation a conforté cette approche. Les 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 de la Constitution 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 en la matière, n'hésitant par exemple pas à déclarer contraire à la constitution, le renvoi à « l'intervention d'un simple décret » de l'Assemblée de Polynésie française la possibilité 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 »⁵².

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

B. L'exercice de la compétence législative en matière de libertés publiques : contenu et limites

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 d'entre elles ne sont pas en tant que telles formulées dans le texte constitutionnel, ou ne le 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, un moment, avoir un effet protecteur pour les libertés publiques (1). Mais elles s'expriment aussi, plus souvent, par des énoncés limitatifs à l'égard de l'exercice de ces libertés (2).

52. Déc. n°2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*.

1) Le législateur et les libertés publiques dans le temps : l'abandon de l'« effet cliquet »

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 constitutionnels à laquelle était associé le fameux « effet cliquet ». Du début des années 1980 à la fin des années 1990, lorsque le Conseil estimait qu'une liberté publique constituait une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, il veillait à ce que le législateur n'en fixe les règles « qu'en vue d'en rendre l'exercice plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »⁵³.

Cette jurisprudence a toutefois progressivement été abandonnée. Elle a connu un coup d'arrêt revendiqué sous la présidence de Pierre Mazeaud, même si, selon ce dernier, l'abandon aurait été antérieur. « En matière de libertés publiques », confie-t-il en 2005 à Erevan, le Conseil a « 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 »⁵⁴. Cette remontée à l'année 1986 force quelque peu le trait. Au moins deux décisions se sont en effet référées, après cette date, à l'effet cliquet. En outre, et quand bien même l'effet cliquet n'aurait concerné qu'une ou deux libertés, cela n'interdit pas son extension pour l'avenir. Que celle-ci se fasse prudemment semble même être une condition de l'efficacité dudit effet. Pour qu'un régime de protection renforcée reste opérationnel, il convient en effet de n'y recourir qu'avec modération et de ne le réserver qu'à quelques droits ou libertés spécifiques.

Quoi qu'il en soit, le Président P. Mazeaud fait ensuite, à juste titre, état de ce que l'abandon de l'effet cliquet laisse dorénavant au législateur la possibilité de modifier des textes antérieurs ou de les abroger « en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions », sous réserve que celui-ci « ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles ». Deux principales raisons sont alors avancées pour justifier l'abandon de l'effet cliquet.

53. V. Déc. n°93-325 DC, 13 août 1993, *précit.* ; n°94-345 DC, 29 juillet 1994, *précit.*

54. P. Mazeaud, « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Erevan, 2005, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20051001erevan.pdf.

La première raison est que « 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 le tort ainsi 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 ou d'une liberté se réalise sans automatiquement abaisser le niveau de protection d'un ou d'une autre. D'un autre côté, le considérant de principe affirmant l'effet cliquet intégrait la possibilité d'une conciliation avec d'autres droits ou exigences de valeur constitutionnelle (*supra*). Et c'est d'ailleurs sur le fondement de cette exigence de conciliation examinée à la loupe entre, notamment, l'art. 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 conclut à la constitutionnalité de la conciliation opérée à l'égard des personnes publiques ou privées exerçant des missions de services publics et, au contraire, à l'inconstitutionnalité de celle prévue à l'égard des organismes et services de radiodiffusion sonore et télévisuelle ainsi que des personnes privées⁵⁵.

La seconde raison avancée pour justifier l'abandon de l'effet cliquet est que, « problématique en matière de libertés, la notion d'effet cliquet était au surplus totalement inadaptée aux droits économiques et sociaux. On peut en effet envisager que certaines évolutions économiques rendent impossible le maintien du niveau de protection déjà atteint »⁵⁶. Là aussi, la discussion est ouverte. La position exprimée suppose en effet que les droits sociaux soient considérés comme des libertés publiques ou comme des droits et libertés fondamentaux. Telle serait d'ailleurs notre position. Mais elle n'a jamais clairement été celle du Conseil constitutionnel. 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 »⁵⁷. Or, le langage reste ici davantage celui des libertés relatives au droit du travail que celui des droits sociaux.

55. Déc. n°94-345 DC, 29 juillet 1994, *précit.*

56. P. Mazeaud, *op. cit.*

57. Déc. n°98-401 DC, 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps*

Enfin, avec l'abandon de l'effet cliquet, le Conseil constitutionnel revient à une formule à laquelle il avait déjà eu 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 »⁵⁸. Il s'était même un temps montré plus précis en estimant que « s'il est loisible au législateur » de fixer, (...), « 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 »⁵⁹.

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 1979⁶⁰, et réaffirmée dans la décision « Sécurité et liberté » des 19 et 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 garantie⁶¹. Cette exigence valait même – on l'a évoqué – pour les libertés publiques que le Conseil constitutionnel considérait fondamentales⁶².

La montée en puissance de l'exigence de conciliation 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

de travail.

58. Déc. n°86-217 DC, 18 septembre 1986, *précit.* ; n°2004-499 DC, 29 juillet 2004, *précit.* Le Conseil adopte également cette position dans le cadre des Questions prioritaires de constitutionnalité, Déc. n°2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *précit.*

59. Déc. n°84-181 DC, 11 octobre 1984, *précit.*

60. Déc. portant sur la *Loi modifiant les dispositions de la loi n°74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*

61. Déc. n°94-352 DC, 18 janvier 1995, *précit.*

62. Déc. n°84-181 DC, 11 octobre 1984, *précit.* ; n°94-345 DC, 29 juillet 1994, *précit.* ; n°97-389 DC, 22 avril 1997, *précit.*

conflit, sans oublier que la défense trop intransigeante d'un droit peut compromettre la protection des autres »⁶³. Il ajoute ailleurs 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. À l'occasion, la jurisprudence des dernières années a fait prévaloir l'intérêt général sur une conception jusqu'au-boutiste des droits subjectifs »⁶⁴.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel reflète parfaitement cette position. On ne compte plus les rappels de la nécessité de concilier les libertés publiques avec d'autres droits et libertés constitutionnels (droit de propriété⁶⁵, liberté d'autrui⁶⁶), objectifs constitutionnels d'inspiration libérale (pluralisme des courants d'opinion⁶⁷), tout comme, le plus souvent, avec des exigences collectives ou sécuritaires tels que « les nécessités économiques d'intérêt général »⁶⁸, la lutte contre la contrefaçon⁶⁹ et, surtout, l'ordre public⁷⁰ et ses déclinaisons : recherche des auteurs d'infraction⁷¹, lutte contre la fraude⁷², notamment fiscale⁷³. 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 »⁷⁴. Les domaines dans lesquels il a

63. 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.

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

65. Déc. n°2009-580 DC, 10 juin 2009, *précit.*

66. Déc. n°82-141 DC, 27 juillet 1982, *précit.* ; n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *précit.* ; n°88-248 DC, 17 janvier 1989, *précit.* ; n°93-333 DC, 21 janvier 1994, *précit.*

67. *Ibid.*

68. Déc. n°2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.*

69. Déc. n°2009-580 DC, 10 juin 2009, *précit.*

70. Entre maints exemples, V. Déc. n°86-216 DC, 3 septembre 1986, *précit.* ; n°96-377 DC, 16 juillet 1996, *précit.*

71. Déc. n°96-377 DC, 16 juillet 1996, *précit.* ; n°2003-467 DC, 13 mars 2003, *précit.* ; n°2004-492 DC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* ; n°2004-499 DC, 29 juillet 2004, *précit.*

72. V. par exemple, Déc. n°82-141 DC, 27 juillet 1982, *précit.*

73. Déc. n°2001-457 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances rectificative pour 2001.*

74. Déc. n°85-187 DC, 25 janvier 1985, *précit.*

énoncé l'exigence de conciliation sont très nombreux, puisqu'aujourd'hui, celle-ci est rappelée dans presque toutes les décisions touchant aux libertés publiques. Tel est ainsi le cas s'agissant de la liberté de communication⁷⁵, de l'autorisation et de l'utilisation des installations de systèmes de vidéosurveillance⁷⁶, des données personnelles, de leur traitement et de leur communication⁷⁷, de la protection de la propriété intellectuelle⁷⁸, des garanties de la liberté individuelle contre l'hospitalisation d'office⁷⁹, de l'expulsion des étrangers⁸⁰, de la lutte contre le terrorisme⁸¹...

On ne peut qu'être frappé par l'évolution et l'affinement des standards qui expriment l'exigence de conciliation. La possible modulation de leur énoncé confère au Conseil une importante marge de manœuvre. Alors que le Conseil a pu s'en tenir à une formulation simple de l'exigence⁸², dès le début des années 1980, il commence à introduire le paramètre de la 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. Au fil des années, les standards de conciliation s'avèrent de plus en plus sophistiqués dans un sens qui tend à devenir défavorable à l'exercice de la liberté publique. Plutôt que la nécessité des restrictions apportées aux libertés, le Conseil examine en effet dorénavant leur caractère non (manifestement) excessif⁸⁴, disproportionné ou déséquilibré⁸⁵. Et, le plus souvent, ce contrôle de la proportionnalité ou de l'atteinte non manifestement excessive portée à la liberté s'achève par une décision de conformité à la constitution des

75. Déc. n°82-141 DC, 27 juillet 1982, *précit.* ; n°86-217 DC, 18 septembre 1986, *précit.* ; n°88-248 DC, 17 janvier 1989, *précit.* ; 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 ; n°2000-433 DC, 27 juillet 2000, *précit.* ; n°2001-450 DC, 11 juillet 2001, *précit.* ; n°2009-580 DC, 10 juin 2009, *précit.*

76. Déc. n°94-352 DC, 18 janvier 1995, *précit.* ; n°2010-604 DC, 25 février 2010, *précit.*

77. Déc. n°2001-457 DC, 27 décembre 2001, *précit.* ; n°2003-467 DC, 13 mars 2003, *précit.* ; n°2004-492 DC, 2 mars 2004, *précit.* ; n°2004-499 DC, 29 juillet 2004, *précit.*

78. Déc. n°2009-580 DC, 10 juin 2009, *précit.*

79. Déc. n°2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *précit.*

80. Déc. n°86-216 DC, 3 septembre 1986, *précit.*

81. Déc. n°96-377 DC, 16 juillet 1996, *précit.*

82. Déc. n°94-352 DC, 18 janvier 1995, *précit.* ; n°85-187 DC, 25 janvier 1985, *précit.*

83. Déc. n°82-141 DC, 27 juillet 1982, *précit.*

84. Déc. n°96-377 DC, 16 juillet 1996, *précit.* On trouve le même type raisonnement dans les Déc. n°99-411 DC, 16 juin 1999, *précit.* ; n°2001-457 DC, 27 décembre 2001, *précit.*

85. Déc. n°2003-467 DC, 13 mars 2003, *précit.* ; n°2004-492 DC, 2 mars 2004, *précit.*

dispositions législatives examinées, éventuellement sous réserve d'interprétation. Relevons toutefois que, 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. Tel est notamment le cas s'agissant de la déclaration d'inconstitutionnalité des pouvoirs de sanction qui avaient été conférés à HADOPI, notamment en ce que ces pouvoirs permettaient de restreindre ou d'empêcher l'accès à internet de toutes personnes⁸⁶. De même, le Conseil a conclu à l'inconstitutionnalité de la procédure d'internement d'office estimant que « la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ». Il affirmait, pour l'occasion, plus généralement, que « les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis »⁸⁷.

Faut-il voir dans ces décisions une amorce de repositionnement des appréciations du Conseil constitutionnel en matière de droits et libertés, repositionnement dont – on le pressent – ses nouvelles missions liées à l'institution de la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ne seraient pas indifférentes ? Rien n'est moins sûr. Aux côtés de quelques conciliations qui s'avèrent un peu plus favorables à l'exercice des libertés que lors de la décennie précédente, le Conseil continue de mobiliser ses modes de justifications habituels pour considérer, par exemple, non « manifestement déséquilibrée » les conditions légales dans lesquelles l'évacuation forcée des résidences mobiles peut être effectuée par le représentant de l'État⁸⁸.

Ces variations d'une décision à l'autre de la formulation des standards exprimant l'exigence de conciliation entre normes de valeur constitutionnelle ne conduisent qu'à une seule certitude : ces standards sont extrêmement malléables. Ils 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 toutefois 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

86. Déc. n°2009-580 DC, 10 juin 2009, *précit.*

87. Déc. n°2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *précit.*

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

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'étant fixé par avance. Les libertés publiques s'appréhendent alors mieux par leur régime. De ce point de vue, une liberté publique apparaît dans les décisions du Conseil comme un énoncé exprimant un droit ou une liberté de type individuel pour lequel ou laquelle le législateur fixe les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour son exercice.

Jusque là, rien ne perturbe les conceptions classiques que peut avoir la doctrine des libertés publiques, ni une lecture littérale du texte de la constitution. Une perturbation surgit tout au plus lorsque le Conseil se réfère à l'existence de libertés publiques constitutionnellement garanties, expression que ne mentionne pas le texte de la Constitution et qui tend à laisser penser qu'il existerait des libertés publiques non constitutionnelles. Mais le Conseil ne dit rien à leur sujet. Il semble donc *prima facie* très peu s'émanciper de l'énoncé du texte constitutionnel et ne promouvoir aucune conception précise des libertés publiques.

Le diagnostic mérite toutefois d'être affiné. Les décisions du Conseil présentent en effet un intérêt moins en raison de leurs répétitifs considérants de principe que pour leur déclinaison particulière à des dispositions législatives de contenu hétérogène. L'affirmation répétitive de la compétence législative en matière de « garantie fondamentale accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » commence à prendre sens lorsqu'elle est concrètement opposée au législateur qui, dans tel ou tel cas particulier, faillit à exercer « pleinement » et suffisamment précisément cette compétence. Elle prend également sens lorsque le Conseil exige, au fur et à mesure de décisions, une conciliation de l'exercice des libertés publiques avec d'autres normes constitutionnelles. Toutefois, cette exigence n'est autre qu'une déclinaison particulière d'une position plus générale valant pour toute norme constitutionnelle ce qui, là encore, ne

livre aucune conception spécifique des libertés publiques. La seule implication spécifique est qu'en sanctionnant la loi uniquement à partir du moment où est portée une atteinte « excessive » aux libertés, et en affirmant concomitamment qu'il ne dispose pas d'une marge d'appréciation identique à celle du législateur, le Conseil filtre, comme l'ont relevé de fins esprits⁸⁹, de plus en plus de moustiques pour laisser passer de plus en plus de chameaux. Mais c'est sans doute moins une conception prédéfinie des libertés publiques qui permet de le comprendre que la croisée, dans chaque décision particulière du Conseil, de multiples conceptions générales et transversales qui dépassent la seule considération de ces libertés. Ces conceptions peuvent par exemples portées sur les rapports qui doivent être établis entre la sécurité et la liberté, ou sur des politiques institutionnelles relatives au pouvoir du juge constitutionnel à l'égard du Parlement dans une démocratie. Or, la latitude laissée au Parlement n'a pas les mêmes effets sur la protection des droits et libertés selon que celui-ci leur est ou non favorable. Plus qu'il ne déploie donc une conception spécifique des libertés publiques, le Conseil constitutionnel les enserment dans de multiples autres plus générales, d'ordre éthique ou institutionnel, qui en scellent et déterminent le sort.

Véronique Champeil-Desplats

Professeur de droit public à l'Université de Paris Ouest-Nanterre la Défense. Elle y dirige le Centre de recherche et d'étude sur les droits fondamentaux. Elle est membre de l'UMR 70/74 « théorie et analyse du droit » et de la Chaire UNESCO « Droit de l'homme et violence ».

89. J. Rivero, notes sous la Déc. n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *AJDA*, 1981, p. 275 ; 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, LGDJ, 2007, p. 279.