

**FRÉDÉRIC
ROUVILLOIS**

**Libertés
fondamentales**

3^e édition

Champs université

FRÉDÉRIC ROUVILLOIS

Libertés fondamentales

Ce manuel est destiné aux étudiants en droit et AES (licence 3^e année) ainsi qu'aux candidats aux concours administratifs.

La France, patrie des droits de l'homme? Rien n'est moins sûr. Elle serait plutôt le pays du mythe des droits de l'homme qui, pour les avoir sacralisés, s'est longtemps privé des moyens de les appliquer. Or ce n'est qu'en reconnaissant que « les droits » sont d'abord « du droit » que l'on en fait autre chose qu'un vain mot. En France, on n'en prend pleinement conscience qu'au début des années 1970. À partir de là seulement, on voit se construire, en même temps qu'un authentique « État de droit », un véritable « droit des libertés fondamentales ».

La liberté ne se décrète pas ; elle résulte d'un effort d'organisation juridique et institutionnelle. C'est bien pourquoi l'objet de ce livre n'est pas « la Liberté » mais « les libertés » : les libertés publiques, auxquelles des sources juridiques nationales et internationales confèrent valeur de norme (première partie). Des libertés que l'État se donne les moyens de garantir et de faire respecter (deuxième partie). Des libertés indissociables d'une interrogation dynamique sur leur contour et leurs bénéficiaires ainsi que sur leurs limites (troisième partie).

Agrégé de droit public, **Frédéric Rouvillois** enseigne notamment le droit constitutionnel et les libertés fondamentales à l'université de Paris. Il est l'auteur de nombreux ouvrages juridiques – le manuel de *Droit constitutionnel* en Champs (2 volumes, 6^e édition) – et d'histoire des idées (*Crime et Utopie*, Flammarion, 2014).

**Nouvelle édition augmentée
et mise à jour, 2019.**

Flammarion

Libertés fondamentales

Dans la même collection

Clémence Barry et Pierre-Xavier Boyer, *Contentieux administratif*.

Éric Canal-Forgues et Patrick Rambaud, *Droit international public*, 3^e édition.

Michel Clapié, *Manuel d'institutions européennes*, 3^e édition.

Jean-Pierre Clavier et François-Xavier Lucas, *Droit commercial*.

Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*.

Christophe de la Martinière, *Droit fiscal général*, 2^e édition.

Rafael Encinas de Muñagorri, *Introduction générale au droit*, 4^e édition.

Frédéric Rouvillois, *Droit constitutionnel 1. Fondements et pratiques*, 4^e édition.

Frédéric Rouvillois, *Droit constitutionnel 2. La V^e République*, 4^e édition.

Bertrand Seiller, *Droit administratif 1. Les sources et le juge*, 6^e édition.

Bertrand Seiller, *Droit administratif 2. L'action administrative*, 6^e édition.

Sylvain Soleil, *Introduction historique aux institutions*, 3^e édition.

Jean-Louis Thireau, *Introduction historique au droit*, 3^e édition.

Frédéric Rouvillois

Libertés fondamentales

3^e édition

Champs université

© Flammarion, 2019.
ISBN : 978-2-0814-8693-5

En ce qui concerne les jurisprudences citées, on a renoncé, faute de place et sauf rarissimes exceptions, à citer les commentaires doctrinaux auxquels elles ont pu donner lieu. De même, on a pris le parti de ne donner les références, ni des lois citées, ni des décisions du Conseil constitutionnel, les premières étant accessibles, de façon très simple et très rapide, sur le site www.legifrance.gouv.fr, les secondes pouvant être consultées sur le site officiel du Conseil constitutionnel (www.conseil-constitutionnel.fr).

TABLE DES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité juridique du droit administratif
AN	Assemblée nationale
AP	Archives parlementaires
Ass.	Assemblée du Conseil d'État
<i>Bull. Ass. pl.</i>	<i>Bulletin de l'assemblée plénière de la Cour de cassation</i>
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJA	Code de justice administrative
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNIL	Commission nationale informatique et liberté
Cons.	Considérant
CPI	Cour pénale internationale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
CSM	Conseil supérieur de la magistrature
DALO	Droit au logement opposable
DC	Déclaration de conformité
<i>DDH</i>	<i>Dictionnaire des droits de l'homme</i> (J. Andriantsimbazovina <i>et al.</i>)
DPS	Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958
<i>GAJA</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>

HALDE	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
<i>JCP</i>	<i>Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique)</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JOAN</i>	<i>Journal officiel de l'Assemblée nationale</i>
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Ord.	Ordonnance
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PGD	Principe général du droit
R.	Recueil des décisions du Conseil d'État, statuant au contentieux
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>
<i>Rec.</i>	Recueil des décisions de la CJUE
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
T.	Table analytique du recueil des décisions du Conseil d'État
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits

INTRODUCTION

1. La France, patrie des droits de l'homme ?

Bien entendu, la France n'est pas « la patrie des droits de l'homme ». Ce lieu commun, dont l'origine remonte aux débuts de la III^e République, apparaît, à la réflexion, soit absurde, soit simplement erroné, selon la définition que l'on donne des *droits de l'homme*.

Il semble absurde si on les conçoit comme des *droits naturels*. C'est ainsi, pourtant, qu'on les considère au XVIII^e siècle, au moment où l'on adopte la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 27 août 1789, comme l'indique notamment le préambule de ce texte : « Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que *l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme* » (ce qui suppose qu'ils préexistent) « sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, *les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme*¹. »

En vertu de ce qu'on appelle le « jusnaturalisme », l'homme en tant que tel dispose de *droits naturels* inhérents à sa nature d'être humain. Ces droits naturels, liés à son humanité, existent donc indépendamment de

1. Et ce que confirment, par ailleurs, les articles 2 (« Le but de toute association politique est la conservation des *droits naturels et imprescriptibles* de l'Homme »), 4 (« L'exercice *des droits naturels de chaque homme* n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits »), 11 et 17.

toute reconnaissance juridique, car antérieurement à toute société, et à toute loi. De ce fait, ils ont aussi un caractère supérieur et intangible. Toute remise en cause, par qui que ce soit et pour quelque motif que ce soit, y compris par le pouvoir souverain, apparaîtra donc illégitime, même si elle peut s'avérer « légale ». On se souvient à ce propos de la figure d'Antigone, l'héroïne de Sophocle, qui, au risque d'être mise à mort, viole sans hésiter la loi établie par le roi Créon afin de respecter la loi naturelle qui lui commande d'enterrer les dépouilles de ses frères morts au combat. La loi naturelle et son droit naturel à les inhumer lui semblent incommensurablement supérieurs à la loi positive qui le lui interdit : et dans ce face-à-face, c'est, paradoxalement, la petite Antigone qui incarne la légitimité, s'opposant héroïquement à un Créon, révolutionnaire couronné.

Pendant, si c'est ainsi que l'on entend les droits de l'homme, au sens de droits naturels, alors il est évident qu'ils n'ont pas de « patrie », étant par définition universels, puisqu'ils concernent pareillement tous les hommes. C'est ce que reconnaît l'un des auteurs de la Déclaration de 1789, Duport, lorsqu'il affirme qu'« il ne faut pas craindre de dire ici les vérités de tous les temps et de tous les pays¹ ». La Déclaration se présente du reste comme « un code universel des droits déclarés pour tous les temps et tous les lieux² », qui ne se propose pas de créer, mais bien de *reconnaître* un ensemble de règles qui a toujours existé, et qui existe partout.

1. « Vous avez cherché à prévoir toutes les vicissitudes ; vous avez voulu enfin une Déclaration convenable à tous les hommes, à toutes les nations. Voilà l'engagement que vous avez pris à la face de l'Europe : il ne faut pas craindre ici de dire les vérités de tous les temps et de tous les pays » (*Archives parlementaires*, 18 août 1789, t. VIII, p. 451).

2. L. Jaume, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du débat 1789-1793 au Préambule de 1946*, GF-Flammarion, 1989, p. 19.

Si, à l'inverse, on entend ces droits de l'homme comme des *droits positifs*, « posés », énoncés, créés par la loi, puis sanctionnés par les tribunaux sur le fondement de celle-ci, alors, l'image de la France « patrie des droits de l'homme » n'apparaît plus aberrante – mais simplement erronée. Erronée, dans la mesure où de tels droits ont été reconnus longtemps avant la révolution de 1789, en dehors des frontières de l'Hexagone.

Le fait peut être discutable pour l'Antiquité : le grand historien Fustel de Coulanges constatait ainsi que dans la cité antique, « la liberté individuelle ne pouvait pas exister. Le citoyen était soumis en toute chose et sans nulle réserve à la cité ; il lui appartenait tout entier ». Les anciens, poursuit-il, ne connaissaient « ni la liberté de la vie privée, ni la liberté de l'éducation, ni la liberté religieuse. La personne humaine comptait pour bien peu de choses vis-à-vis de cette autorité sainte et presque divine qu'on appelait la patrie ou l'État [...]. C'est donc une erreur singulière entre toutes [...] que d'avoir cru que dans les cités anciennes l'homme jouissait de la liberté. *Il n'en avait même pas l'idée. Il ne croyait pas qu'il pût exister de droit vis-à-vis de la cité [...]*¹ ».

C'est ce qu'explique, au début du XIX^e siècle, l'un des principaux philosophes du libéralisme, Benjamin Constant, dans un discours fameux où il oppose, terme à terme, « la liberté des modernes », ses contemporains, à celle des anciens, Grecs et Romains : « Chez les anciens, l'individu, souverain presque habituellement dans les affaires publiques, est esclave dans tous les rapports privés. Comme citoyen, il décide de la paix et de la guerre ; comme particulier, il est circonscrit, observé,

1. N. Fustel de Coulanges, *La Cité antique, étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, 3^e édition, Hachette, 1870, p. 262 et p. 266-267. Jacques Bouineau note que l'« Antiquité a connu peu de dispositions protectrices des droits de l'homme [...]. À l'époque, la notion même de droits de l'homme n'a pas de sens » (dans J. Andriantsimbazovina *et al.*, *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, coll. « Quadrige », 2008, p. 48, ci-après *DDH*).

réprimé dans tous ses mouvements ; [...] il peut [...] être privé de son état, dépouillé de ses dignités, banni, mis à mort, par la volonté discrétionnaire de l'ensemble dont il fait partie ¹. »

Si la notion de « droits de l'homme » n'existe pas encore dans l'Antiquité, tel n'est plus le cas à partir de l'avènement du christianisme ². Le Moyen Âge, malgré les représentations exagérément sombres que l'on en a si souvent données, et bien sûr, l'Ancien Régime, « hérissé » et comme grouillant de libertés ³, reconnaissent, même si c'est avec un sens légèrement différent du nôtre, les droits et la dignité de la personne, créature divine faite à l'image et à la ressemblance de Dieu.

Plus particulièrement, il faut noter à ce propos la place singulière de l'Angleterre, où trois textes majeurs, la Grande Charte de 1215, la Pétition des droits de 1628, puis le *Bill* des droits de 1689, posent les fondements d'une reconnaissance juridique des droits et des libertés, tout en renvoyant à « un tissu serré de coutumes et de lois dont ils prétendent souvent n'être que le rappel et la confirmation ⁴ ». Dans chacun de ces textes se trouvent en effet réaffirmés des droits et des libertés juridiquement reconnus, mais abusivement

1. B. Constant, « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes, Discours prononcé à l'Athénée Royal de Paris » (1819), dans *Écrits politiques*, Gallimard, coll. « Folio », 1997, p. 592-594.

2. Cf. J. Morange, *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 5^e édition, 2000, p. 53 et suiv.

3. « Les libertés locales de l'ancienne France sont demeurées justement célèbres. La France était hérissée de libertés. Elles grouillent, innombrables, actives, variées, enchevêtrées et souvent confuses, en un remuant fouillis » (Frantz Funck Brentano, *L'Ancien Régime*, Fayard, 1926, p. 527). Quant à Tocqueville, il va dans le même sens : « On aurait bien tort de croire que l'Ancien Régime fut un temps de servilité et de dépendance : il y régnait plus de liberté que de nos jours » (*ibid.*, p. 529).

4. D. Baranger, dans *DDH*, p. 651. Selon Edmond Burke, elles « n'étaient qu'une promulgation nouvelle des lois qui existaient dans le royaume à une époque encore plus reculée » (*Réflexions sur la Révolution française*, 1790, Nouvelle librairie nationale, 1912, p. 51).

violés par les pouvoirs publics. Des droits qui ne relèvent pas de la loi naturelle, mais qui sont bien « créés par l'homme », et « en vigueur dans l'État », comme la propriété matérielle ou la propriété de soi-même. Des libertés qui sont expressément *garanties* par des règles et des procédures, lesquelles permettent, affirmait Dicey au XIX^e siècle, de transformer « un droit purement nominal en un droit effectif ou réel ». En somme, conclut Denis Baranger, « à des libertés matérielles ou sociales correspondent », dans l'ancienne Angleterre, « des garanties fondamentalement pratiques ¹ ».

S'il fallait absolument chercher une patrie aux droits de l'homme, c'est donc de ce côté-là, vers l'Angleterre, qu'il faudrait se tourner – ainsi que l'affirmait d'ailleurs Voltaire dans ses *Lettres anglaises*, parues un demi-siècle avant la Révolution, et comme le répète encore Ernest Renan à la fin du Second Empire : « L'Angleterre, qui, au lieu du dogme absolu de la souveraineté du peuple, admet seulement le principe plus modéré qu'il n'y a pas de gouvernement sans le peuple ni contre le peuple, s'est trouvée mille fois plus libre que la France, qui avait si fièrement planté le drapeau philosophique des droits de l'homme ². »

Et ce premier constat renvoie à un autre : si elle n'est pas la patrie des droits de l'homme, la France, tout particulièrement depuis 1789, est en revanche la patrie du « mythe des droits de l'homme ».

2. Sortir du mythe

La patrie du mythe, c'est-à-dire d'une approche des droits de l'homme qui, en en faisant des objets *sacrés*, va paradoxalement les priver de protections et de garanties effectives.

1. *Ibid.*, p. 652.

2. E. Renan, *La Réforme intellectuelle et morale*, Michel Lévy frères, 3^e édition, 1872, p. 240.

Le point de départ, c'est, là encore, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 27 août 1789, et, plus spécialement, son préambule :

« Les représentants du peuple français [...] considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme. »

On remarque la tonalité explicitement *religieuse* du propos : à lui seul, le Verbe, la parole des représentants, qui va déclarer les droits, suffit à changer la face du monde – en disant ce qui doit être, et en enfouissant dans l'oubli l'ensemble des malheurs anciens. On est, incontestablement, en présence d'une *révélation*. Une révélation d'un genre un peu particulier, il est vrai : car si la Déclaration est faite « en présence et sous les auspices de l'Être suprême ¹ », Dieu est absent, ou si lointain qu'il n'intervient pas dans les affaires humaines. En fait, la Déclaration apparaît comme un substitut à la religion. D'où une terminologie utilisant de façon massive des mots généralement associés au champ religieux : « sacré », « universel ». D'où une présentation formelle empruntée directement à l'iconographie classique des *Tables de la loi* ; d'où, enfin, l'ambition, proprement religieuse, d'établir à *jamais*, par cette Déclaration, une sorte de Paradis terrestre dont seront bannis à jamais les malheurs publics et la corruption du pouvoir.

En août 1791, on met la dernière main à la future Constitution, à laquelle sera intégré le texte de la Déclaration de 1789 : et l'on prend la décision de ne pas corriger cette dernière – au motif qu'elle « a acquis en quelque sorte un caractère sacré et religieux », qu'elle est « devenue le symbole de tous les Français », et

1. Selon une formule que l'on retrouve dans la Déclaration du 23 juin 1793, puis dans celles de Fructidor An III et du 4 novembre 1848.

qu'elle constitue désormais « la véritable Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ¹ ».

Religion, ou utopie ? Toujours est-il que la Déclaration, proposant une approche mythique, et fort peu juridique, des droits et des libertés, va conduire ces derniers sur des chemins tortueux.

Les suites sont parfois terribles : à ce propos, on est naturellement amené à évoquer Maximilien Robespierre. Disciple passionné de Jean-Jacques Rousseau, sentimental comme on sait l'être à l'époque, Robespierre est, à la tribune, un ardent défenseur des droits de l'homme : le 10 mai 1793, à la Convention, il déclare ainsi, lors des débats constitutants, que « la Déclaration des droits est *la constitution de tous les peuples* ». Dans d'autres discours, il affirme la nullité des lois contraires aux principes inscrits dans la Déclaration. Pourtant, c'est lui qui, arrivé au pouvoir en juin 1793 après avoir réussi à éliminer la faction rivale, celle des Girondins, va mettre en place la Terreur. Une Terreur qu'il organise non pas *malgré* son attachement aux droits de l'homme, mais *en leur nom*. C'est ainsi que la Déclaration précédant la Constitution qu'il parvient à faire adopter par la Convention fin juin 1793 proclame, dans son article 1^{er}, que « le but de la société est le bonheur commun » et que « le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles » que sont, précise l'article 2, « l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété ». *Le bonheur commun* : en raison même de son caractère sublime, cet idéal justifie tout, les proscriptions, les violences, les exactions – d'autant plus nécessaires que les ennemis d'un tel bonheur sont par définition *des monstres*. Et c'est ainsi que la Déclaration des droits peut s'avérer, non plus un obstacle à la tyrannie, mais l'auxiliaire efficace de cette dernière.

1. *Archives parlementaires*, 8 août 1791, XXIX, p. 266.

Ce cas de figure reste heureusement exceptionnel. Beaucoup plus ordinaire, en revanche, est le constat d'une déception – d'une distorsion massive entre ce qui a été proclamé, et ce qui est effectivement respecté. Dès 1791, un observateur ironique des malheurs du temps, Montlosier, se moquait de ces « vérités métaphysiques » manifestement inaptes « à conduire les hommes » et à réfréner leurs passions. « Pas de jour où toutes ces vérités n'aient été indignement méconnues et violées ¹ », au vu et au su de ceux qui les avaient proclamées. « Ces adages philosophiques, auxquels on met tant d'importance, [...] fléchissent toujours avec facilité sous le poids des intérêts qui les pressent. » Méconnues et violées *du fait même de leur sacralité*, dans la mesure où plutôt que de les mettre sous la protection de juges ou d'institutions spécifiques, on les confie au bon vouloir des citoyens vertueux ou des « hommes libres », comme dans la Déclaration de 1793.

À l'inverse, on constate qu'au XIX^e siècle, la plupart des pays respectueux des droits et des libertés n'ont pas pris la peine de les déclarer – « avant le vote du *Human Rights Act* de 1998 », rappelle même le professeur Baranger, « le droit britannique n'accordait pas de reconnaissance explicite aux droits de l'homme ² » – alors qu'à l'inverse, bon nombre des États où ils ont été solennellement proclamés les ont gravement malmenés.

En somme, les droits, lorsqu'ils sont sacralisés, tantôt se retournent contre leurs titulaires théoriques, tantôt s'avèrent insusceptibles d'être respectés et mis en œuvre de façon sérieuse. Et c'est en les sortant du mythe, en les ramenant du ciel sur la terre, dans l'ordre du relatif et du juridique, que l'on pourra leur donner enfin une réalité effective. C'est en reconnaissant que « les droits »

1. F. de Montlosier, « Essai sur l'art de constituer les peuples, ou examen des opérations constitutionnelles de l'Assemblée nationale de France », *Les Actes des Apôtres* (1791), t. XIV, p. 35 et p. 52-53.

2. D. Baranger, dans *DDH*, p. 175.

sont d'abord et avant tout « *du droit* » que l'on peut en faire autre chose qu'une construction rhétorique grandiloquente mais sans consistance.

Dans l'Europe continentale, on ne le réalise pleinement qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, et en France, du moins au niveau constitutionnel, qu'au début des années 1970.

Et ce n'est qu'à partir de là que pourra se construire, en même temps qu'un authentique « État de droit », un véritable « droit des libertés fondamentales ».

3. De la Liberté aux libertés

Ce destin français des droits de l'homme conduit à privilégier une certaine approche, à la fois juridique, synthétique et dynamique.

Il ne sert à rien, on l'a dit, de se déclarer libre : la liberté n'est pas le résultat d'un mot, d'une proclamation, si solennelle soit-elle, mais d'un effort. Et, en ce qui concerne ces droits, d'un effort d'organisation juridique et institutionnelle. C'est pourquoi l'objet de ce livre n'est pas la « Liberté » avec une majuscule, qui ne pourrait relever que d'un cours de philosophie, mais bien « les libertés », les libertés publiques, définies par Georges Morange comme « certaines facultés [...] dont le législateur, sous la pression de courants d'idées déterminés, a été amené à organiser le libre exercice par l'individu, les transformant ainsi en droits objectifs ¹ ». Des libertés qui accèdent au rang de normes, énoncées par l'État, lequel se charge du coup de les garantir, et de sanctionner d'éventuelles atteintes.

C'est ainsi, du reste, qu'elles prennent place dans l'histoire constitutionnelle de la France moderne. La Constitution du 14 janvier 1852 fait du Sénat « le gardien du

1. Cité par P. Rolland, dans *DDH*, p. 654.

pacte fondamental et des libertés publiques », tandis que celle du 4 octobre 1958 réserve au législateur, dans son article 34, le pouvoir de fixer « les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Ce qui, dans les deux cas, apparaît comme la consécration juridique des libertés publiques et de la garantie qui leur est apportée.

Certains auteurs ont cependant entendu dépasser cette notion de « libertés publiques », qui selon eux correspondait à la tradition de « l'État légal », dominé par la souveraineté de fait de la loi. Dans les deux cas précités, c'est le législateur, ou l'une des Chambres composant le Parlement, qui assure cette protection, mais qui peut aussi en modifier les garanties. « Avec le passage à l'État de droit qui consacre effectivement la supériorité de la Constitution, il faudrait parler dorénavant de *droits fondamentaux*, puisque les droits et libertés sont protégés *contre le législateur* par des normes constitutionnelles, européennes et internationales ¹. »

On remarque à ce propos que le terme de *libertés fondamentales* s'est vu consacrer par le constituant en 1993, l'article 53-1 de la Constitution autorisant la France à signer avec d'autres États européens des accords en matière de « protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ² » : les libertés en question sont désormais dotées d'un fondement constitutionnel, et donc d'une valeur suprême, puisqu'elles se situent au sommet de la hiérarchie des normes. Ce thème sera mis en relief de façon encore plus nette par l'article 61-1 issu de la révision du 23 juillet 2008, lequel, mettant

1. *Ibid.*, p. 655.

2. Cf. Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 nov. 1993, introduisant dans la Constitution un article 53-1 qui dispose : « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. »

en place la « question prioritaire de constitutionnalité », évoque à ce propos « les droits et libertés que la Constitution garantit », et qu'elle place ce faisant hors d'atteinte du législateur...

Ces libertés fondamentales doivent être considérées dans leurs différentes dimensions, en elles-mêmes, bien sûr, mais également dans leurs sources normatives et dans les garanties qui en assurent le respect.

Ce faisant, elles prennent une dimension historique marquée. Le temps joue ici, en effet, un rôle de tout premier plan. Tel est le cas depuis l'époque de la Révolution française, qui forme un point de départ commode, même s'il est bien évident que la monarchie d'Ancien Régime n'ignorait pas, bien au contraire, les libertés, droits, franchises et privilèges, collectifs ou individuels. Mais il en va surtout ainsi depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale : ce qui frappe en effet, sur ce plan, c'est le déploiement généralisé des droits dans les trois dimensions que l'on vient d'évoquer : les sources, les garanties et les libertés.

Le rythme de progression est complexe : il ne va nullement dans un sens unique, qui serait celui d'un progrès cumulatif, d'un perfectionnement graduel, d'une rationalisation inéluctable. Nombreux sont ainsi les observateurs qui dénoncent les dangers croissants pesant sur les libertés, dus à la présence d'un État infiniment plus fort qu'à l'époque de Napoléon I^{er}, mais aussi à l'inquiétante montée en puissance de pouvoirs nouveaux, comme le pouvoir bureaucratique, le pouvoir médiatique ou le pouvoir scientifique¹. Ainsi, les libertés apparaissent-elles de nos jours, tout à la fois plus menacées et mieux garanties que jamais².

1. Jacques Fauvet, cité dans G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey, 8^e édition, 2009, p. 4.

2. Cf. G. Carcassonne, « Libertés : une évolution paradoxale », *Pouvoirs*, n^o 130, 2009, p. 5-15.

Dans le même sens, on note aussi un mouvement universel de reconnaissance de ces libertés, ainsi qu'une affirmation très large de la thématique de l'État de droit – c'est-à-dire d'un État qui se soumet au Droit objectif qu'il énonce lui-même et qui, dans le même mouvement, s'engage à respecter effectivement les droits subjectifs de ses sujets.

Enfin, on remarque que la seconde moitié du XX^e siècle a conduit à une prise de conscience plus claire de l'importance de la personne humaine, être singulier, concret, situé, enraciné, appartenant à un ensemble de groupes et de réseaux : une personne qui, à cet égard, se substitue (en partie) à l'individu abstrait des Lumières et des Déclarations révolutionnaires.

De là, un plan en trois temps successifs : le déploiement des sources juridiques ; l'affirmation des garanties ; la dynamique des libertés.

Première partie

LE DÉPLOIEMENT DES SOURCES JURIDIQUES

En matière de libertés fondamentales, l'incontestable supériorité de notre époque sur celle qui l'a immédiatement précédée tient au fait que, de nos jours, les droits sont d'abord du droit – des règles, et non plus de grands mots ou de grands principes dépourvus de consistance normative et de valeur obligatoire. Et c'est donc par ces « sources » juridiques des libertés fondamentales qu'il faut commencer : les sources internes, tout d'abord, comme la loi, la jurisprudence et la Constitution, mais également les sources internationales qui, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, se sont ajoutées et combinées aux premières, contribuant par là même à densifier le champ des libertés et les garanties dont elles bénéficient.

Chapitre premier

LES SOURCES INTERNES

Sous l'Ancien Régime, ce n'est pas la loi, mais la coutume, qui est le plus souvent rapprochée des libertés. La coutume, écrit ainsi un avocat, Thiot, dans un essai publié en 1692, est une règle « sage et judicieuse, établie insensiblement pendant une longue suite d'années par tacite consentement des peuples¹ ». Par là même, elle s'oppose à la loi qui, « imposée par puissance et souvent avec rigueur et contre le gré de la plupart des peuples, agit impérieusement sur l'homme, et en menaçant le contraint à lui obéir ». Ainsi, alors que la loi contredit la liberté naturelle, la coutume, résultant des comportements, des besoins et des désirs du corps social, est par nature l'expression même de cette liberté². La révolution de 1789 va remettre en cause cette approche traditionnelle, condamnant la coutume, non seulement en raison de son archaïsme, mais aussi en tant qu'elle constituerait une usurpation sur le pouvoir normatif réservé à la Nation et à ses représentants. Désormais – on y reviendra –, c'est la loi, « expression de la volonté générale », qui est considérée comme le socle des libertés ; un socle dont les insuffisances apparaîtront toutefois très vite, ce qui conduira à reconnaître la nécessité, d'une part, d'un complément jurisprudentiel, et d'autre part, d'un parachèvement constitutionnel.

1. Thiot, « Discours sur la coutume », *Le Mercure galant*, décembre 1692, p. 18-78.

2. *Conférences ecclésiastiques du diocèse d'Angers, sur les lois*, nlle édition, Guérin, 1758, t. II, p. 272-273.

Section I

LE SOCLE LÉGISLATIF

Dès la Révolution, la tendance dominante, en France, consiste à accorder à la loi une confiance aveugle, en particulier en ce qui concerne l'affirmation et la garantie des droits. Ce que le professeur Carbonnier appelait la « passion de la loi ¹ » procède alors de plusieurs courants, qui se sont combinés au siècle des Lumières. D'une part, en lien avec l'idéologie du Progrès qui est alors en train de se former, il y a l'idée que la loi – contrairement à la coutume, enchaînée au passé – est par essence moderne, et rationnelle : comme l'affirme l'un des penseurs les plus influents de cette époque, l'abbé de Saint-Pierre, c'est même parce qu'elle se confond avec la raison qu'elle s'avère « absolument nécessaire au bonheur des hommes ² ». Quelques années plus tard, Montesquieu en donne d'ailleurs une définition fameuse, reprise dans l'*Encyclopédie* : « La loi, en général, est la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. » Au cours des années qui précèdent la Révolution, cette sacralisation de la loi se trouve en outre confortée par la pensée de Rousseau – ou plus exactement, par l'interprétation simplifiée que l'on en donne : la loi, « expression de la volonté générale », est forcément telle qu'elle doit être, puisque « la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique ³ ». La loi, explique Rousseau, lorsqu'elle est conforme à sa nature – c'est-à-dire lorsqu'elle est générale et qu'elle procède du peuple

1. J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Defrenois, 1979, p. 208.

2. Ch. I. Castel de Saint-Pierre, *Mémoire pour diminuer le nombre des procès*, Cavellier, 1725, p. 410.

3. J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, livre II, chap. III, Édition Garnier frères, 1962, p. 252.

tout entier –, ne « peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui-même ¹ ». Par suite, « la puissance souveraine », qui s'exprime par elle, « n'a nul besoin de garant envers les sujets, parce qu'il est impossible que le corps veuille nuire à tous ses membres ² ». La loi fonde les libertés et les délimite afin de les rendre effectives, comme l'affirment les articles 5, 6, 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En somme, la Révolution marque le triomphe de la Loi, dont la Constitution de l'an III déclare qu'elle doit être « *religieusement* observée ».

Et c'est ainsi qu'elle apparaît, ou plutôt qu'elle réapparaît, sous la III^e République.

Sous-section 1

LA LOI ET LA LIBERTÉ

A. Sous la III^e République

Au début de la III^e République, à partir du moment où les républicains, initialement minoritaires, arrivent au pouvoir, entre 1876 et 1879, on constate en effet comme une « résurgence du mythe ³ ».

Une résurgence qu'explique en partie l'élargissement spectaculaire du domaine des libertés réalisé par la loi dans les premières années du nouveau régime : on peut citer à ce propos les libertés de réunion et de presse (lois du 30 juin et du 29 juillet 1881), le droit syndical et le droit d'association (lois du 21 mars 1884 et du 1^{er} juillet 1901), ou encore, les grands textes sur la relégation, le sursis, la réparation des erreurs judiciaires, les garanties de la défense et le casier judiciaire (lois du 27 mai 1885,

1. *Ibid.*, livre II, chap. VI, p. 259.

2. *Ibid.*, livre I, chap. VII, p. 246.

3. J.-P. Machelon, *Les Restrictions aux libertés publiques sous la III^e République 1879-1914*, Thèse, Droit, 1973, p. 60.

du 26 mars 1891, du 8 juin 1895, du 8 décembre 1897 et du 5 août 1899) qui donnent au citoyen des garanties sérieuses quant à sa sûreté personnelle.

D'autant que ces textes législatifs présentent, par-delà leur diversité, une réelle cohérence, notamment du point de vue de la *technique juridique* qu'ils mettent en œuvre. Dans toutes ces lois, qui entendent établir les grandes libertés structurelles, on retrouve en effet « les mêmes procédés de protection¹ », et plus précisément, un régime *répressif*, qui s'oppose au régime dit *préventif*.

En vertu de ce dernier, une liberté ne peut s'exercer qu'*après* un contrôle exercé par l'administration, qui débouche sur une autorisation ou une interdiction. En somme, la liberté est alors subordonnée au « consentement préalable de l'administration² ». Sans même parler du fait qu'il constitue une « porte ouverte à l'arbitraire³ », ce régime préventif s'avère en tout cas beaucoup plus contraignant que le régime répressif. Au contraire, ce dernier ouvre « à l'individu un vaste champ où il est seul maître de ses comportements, sans avoir de comptes à rendre à personne ». Dans ce cas, c'est en effet le juge pénal, et lui seul, qui sanctionnera le titulaire de la liberté s'il outrepassé les limites fixées par la loi. L'administration, en revanche, n'interviendra pas dans l'exercice des libertés.

Or, ce régime répressif apparaît caractéristique de la législation libérale, et notamment de celle de la III^e République. Il correspond à l'idée selon laquelle la « liberté est la règle, et la restriction, l'exception⁴ » – mais aussi, à la *nature propre* des libertés ainsi promues : des « libertés-puissance », des « droits de », lesquels impliquent *a priori* que l'on fasse confiance à

1. J. Rivero, « Idéologie et technique dans le droit des libertés publiques », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 5.

2. J. Rivero, H. Moutouh, *Libertés publiques*, PUF, 2003, p. 181.

3. J. Rivero, *Pages de doctrine, op. cit.*, p. 552.

4. J. Rivero, H. Moutouh, *op. cit.*, p. 176.

l'individu, présumé assez raisonnable pour faire habituellement un usage éclairé de sa liberté.

D'où le sentiment rétrospectif d'un véritable « âge d'or¹ » des libertés, établi par la loi, qu'ont pu éprouver après coup certains observateurs enthousiastes. Comme l'écrivait ainsi Georges Vedel en 1949 : « Le respect des libertés individuelles et leur développement grâce à une législation qui leur était favorable sont l'un des traits essentiels de la III^e République². »

B. Sous la V^e République

Cette thématique de l'instauration des libertés par la loi ne se limite d'ailleurs pas à la période fondatrice que représente la III^e République. Depuis cette date, on note une persistance du mythe, confirmée par Jean Rivero, qui constatait en 1973 que « le dogme de la confiance en la loi n'a pas abdiqué³ ».

À partir du milieu des années 1970, de fait, de nombreuses libertés nouvelles ont été établies par la loi, conformément aux dispositions de l'article 34 de la Constitution. Des libertés, avec ou sans guillemets, qui correspondent à des évolutions de la société et des mœurs, de la technologie, ou encore du contexte international et européen : loi IVG de 1975, loi Informatique et libertés de 1978, loi sur la liberté de la communication audiovisuelle du 29 juillet 1982, loi relative au droit aux transports du 30 décembre 1982, loi relative au droit à la ville du 31 juillet 1991.

Une œuvre législative qui ne se ralentit pas : depuis l'an 2000, sur deux décennies, ont ainsi été adoptées

1. Cf. J. Robert, *Libertés publiques*, Montchrestien, 1971, p. 166.

2. G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 95.

3. J. Rivero, *Pages de doctrine*, op. cit., p. 553.

une vingtaine de lois qui semblent couvrir dans son intégralité le champ des possibles, tout en révélant les préoccupations dominantes en la matière.

Ce qui change, en revanche, par rapport à la III^e République, c'est le recours croissant au régime *préventif*. Un recours lié à la fois à une certaine perte de confiance dans la raison éclairée de l'individu, et à un changement de nature des droits énoncés, lesquels sont le plus souvent non des « droits-puissance », mais des « droits-créances », dont la satisfaction implique, outre l'intervention de l'État, « une discipline des comportements privés¹ », et donc un encadrement normatif de ces derniers. Les « comportements privés » en question pourront d'ailleurs être ceux de tiers, mais également, ceux des intéressés eux-mêmes : c'est ainsi que le droit à la santé justifiera les rigueurs de la législation antitabac, que le droit à la sécurité entraînera le port obligatoire de la ceinture à bord des véhicules automobiles et celui du casque sur les motocyclettes, que le droit à l'environnement suscitera toute une série de moyens préventifs, etc. « Car le problème, dans ces domaines, n'est pas de punir l'auteur d'un délit, mais d'éviter des dommages qui risquent de se révéler irréparables. »

Du coup, la signification de la loi au regard de la liberté qu'elle organise devient ambivalente. Car si la loi établissant un régime répressif *ouvre* le champ d'une nouvelle liberté, celle qui établit un régime préventif *ferme*, encadre ou délimite le champ de la liberté qu'elle vise. Plus de lois sur les libertés pourrait donc signifier, en définitive, moins de libertés...

Et ce constat conduit à reconnaître, à l'encontre de l'approche issue de la Révolution, l'ambiguïté de la loi à l'égard des libertés – que constataient déjà, sous la III^e République, les observateurs les plus lucides de la pratique législative : c'est ainsi que le doyen Hauriou, l'un des maîtres du droit administratif, notait, à propos

1. *Ibidem*, p. 556.

des lois sur la séparation de l'Église et de l'État, qu'elles « sont *manifestement contraires* aux principes de la liberté individuelle, de la propriété individuelle, de la liberté de conscience et des cultes, de la liberté de l'enseignement et de l'égalité devant la loi ¹ ».

Sous-section 2

LES AMBIGUÏTÉS DE LA LOI

De fait, malgré le vieux dogme républicain de son infailibilité, la loi, en tant que source, pose au moins deux problèmes : elle peut être lacunaire, et parfois liberticide.

A. La loi lacunaire

Au XVIII^e siècle, l'un des éléments constitutifs du mythe de la loi tient à sa *complétude*, corollaire de sa généralité et de sa rationalité. Issue de la volonté éclairée du législateur, la loi, estime-t-on alors, pourrait couvrir dans son intégralité le champ des possibles, ne laisser aucune zone d'ombre, aucun point aveugle. C'est ainsi que l'un des juristes les plus notables de cette époque, le Chancelier d'Aguesseau, estimait que le juge, chargé d'appliquer la loi, doit se contenter d'en être le « religieux adorateur », sans rien y ajouter ni retrancher². Il doit (et il peut) n'être, que « *la bouche de la loi* », celui qui se contente de l'exprimer à l'issue du procès.

Pourtant, il ne faudra pas longtemps pour constater le caractère exagérément optimiste d'une telle approche.

1. M. Hauriou, *Principes de droit public*, L. Tenin, 2^e édition, 1916, p. 290.

2. D'Aguesseau, *Œuvres*, Chez les libraires associés, 1759, t. I, p. 156.

Quelques années seulement après que Bonaparte eut mis un point final à la Révolution, l'un des rédacteurs du Code civil, Portalis, dans le fameux *Discours préliminaire* qui précède ce Code, reconnaît ainsi que la loi « ne peut tout prévoir, ni pourvoir à tout ». Ce n'est pas son rôle, et ce serait, en toute hypothèse, hors de sa portée : la loi est structurellement et inévitablement lacunaire. D'où la nécessité de la compléter : un rôle assumé en particulier par la jurisprudence...

B. La loi liberticide

Mais d'autre part, on ne saurait oublier que la loi peut être liberticide. Sans remonter à la Terreur, on a pu constater qu'au cours de la III^e République, prétendu « âge d'or des libertés », furent adoptées de nombreuses lois franchement contestables – au nom de la défense du régime ou de ses principes.

Le 13 juillet 1879, alors que le président Jules Grévy a déclaré vouloir veiller « à ce que la République soit servie par des fonctionnaires qui ne soient ni ses ennemis ni ses détracteurs¹ », le Parlement adopte une loi sur l'épuration du Conseil d'État. À la Chambre des députés, le rapporteur se justifie : « Comment admettre que le gouvernement aille demander des avis [à un Conseil] où il trouverait, je ne dis pas une minorité, mais un seul membre qui lui serait hostile² ? »

Quatre ans plus tard, la loi du 30 août 1883 procède, dans le même esprit, à l'épuration de la magistrature, grâce à une pirouette juridique particulièrement spectaculaire. Fondement de toute législation libérale, le principe de l'*inamovibilité des juges* a toujours été considéré comme intangible : pas question, par conséquent, de le

1. Message du 6 février 1879.

2. *JORF*, 1879, p. 6605.

faire disparaître. En l'occurrence, l'article 11 de la loi va donc se contenter de *le suspendre* pendant trois mois. Trois mois au cours desquels tous les juges politiquement suspects pourront être limogés, à la faveur d'une épuration qui permettra d'éliminer aussi plusieurs hauts magistrats qui, quoique acquis au nouveau régime, avaient osé s'élever contre cette suspension de l'inamovibilité. « La République, note ainsi le Professeur Machelon, n'entendait pas tolérer la moindre remontrance de la part de ses juges¹. » Ceux qui ne sont pas inconditionnellement avec elle sont contre elle, et doivent être éliminés.

Sur un autre plan, la loi du 22 juin 1886, dite « loi d'exil », interdit le territoire aux chefs des familles ayant régné sur la France : dans un but exclusivement politique – consistant à éliminer des adversaires d'autant plus dangereux que le parti conservateur a semblé redresser la tête aux législatives de 1885 –, on prend ses aises avec les libertés individuelles en adoptant ce qui constitue indéniablement une *loi d'exception*².

Un coup à droite, un coup à gauche : le 12 décembre 1893, la loi relative à la propagande anarchiste remet en cause la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, en modifiant ses articles 24 et 25. Et en prévoyant des sanctions très lourdes en cas de provocation, même non suivie d'effet, et *même indirecte*, l'article 24 alinéa 3 visant ainsi la simple « *apologie* des crimes de meurtre, de pillage ou d'incendie, ou de vol, ou de l'un des crimes prévus par l'article 435 du Code pénal ». Ce qui, la notion d'« *apologie* » étant extrêmement floue, permet une répression massive de l'anarchisme. Le 26 janvier 1894, la Cour d'assises de la Seine reconnaît ainsi l'écrivain Jean Grave coupable de provocation au vol et

1. J.-P. Machelon, *op. cit.*, p. 344.

2. Une loi « typiquement antilibérale » qui, note J.-P. Machelon, fut « sensiblement aggravée par le gouvernement et le juge administratif » (*op. cit.*, p. 351).

d'apologie de faits qualifiés crimes pour son livre *La Société mourante et l'Anarchie*, un essai qui vulgarisait les thèses de l'anarchiste russe Kropotkine : il est condamné à 2 000 francs d'amende et à deux ans de prison. Ces lois resteront célèbres, dans la tradition de la gauche française, sous le nom de « lois scélérates ¹ ».

Le 1^{er} juillet 1901, enfin, la loi relative à la liberté d'association apparaît aussi, *sinon d'abord*, comme une arme dirigée contre les congrégations religieuses, l'existence légale de ces dernières étant, en vertu de cette loi, subordonnée à des conditions tout à fait exorbitantes du droit commun, et incontestablement discriminatoires : elle impose un régime juridique qui représente « la négation même du libéralisme dont se réclamait la III^e République ² ». Un libéralisme qui, en réalité, ne s'étend qu'aux partisans de la liberté, c'est-à-dire du régime et de ses valeurs : pour les autres, explique alors le président du Conseil du « gouvernement de défense républicaine », pour ceux qu'il englobe sous le qualificatif de « réaction », « la seule politique appropriée » est « une politique d'offensive, hardie, résolue et légale ³ ». Aveu significatif : la loi, avant d'être une garantie pour les libertés, est un instrument au service de la politique du gouvernement – y compris lorsque au nom de la Liberté, celui-ci porte atteinte aux libertés.

À l'époque, l'opposition libérale se plaint d'ailleurs, de façon répétée, de cette attitude. Ainsi, le constitutionnaliste monarchiste Saint-Girons dans les années 1880, et quelques années plus tard, le publiciste conservateur Charles Benoist, soulignent-ils que rien, sous la III^e République, n'empêche la loi d'être liberticide : d'où leurs propositions visant à créer une juridiction constitutionnelle chargée de contrôler la conformité des lois à la

1. F. de Pressensé, E. Pouget, *Les Lois scélérates de 1893-1894*, La Revue Blanche, 1899.

2. J.-P. Machelon, *op. cit.*, p. 453.

3. Discours de Saint-Étienne, 12 janvier 1902, dans R. Waldeck-Rousseau, *La Défense républicaine*, Charpentier, 1902, p. 303

Constitution, et en particulier, à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont ils souhaitent la constitutionnalisation expresse.

De fait, la loi *n'est pas une protection suffisante* : il est donc nécessaire qu'elle soit surplombée par des normes constitutionnelles, et qu'il existe des organes susceptibles de la contraindre à les respecter.

Section II

LE COMPLÉMENT JURISPRUDENTIEL

La loi est loin de couvrir toutes les hypothèses. Il importe donc, tantôt de la compléter, en élaborant une norme jurisprudentielle susceptible d'être appliquée à sa place par le juge, tantôt même, lorsqu'elle s'avère inadmissible au regard des droits et des libertés, de la contourner.

Sous-section 1

COMPLÉTER LA LOI

À titre d'exemple, on peut citer ici deux techniques jurisprudentielles remarquables : les Principes généraux du droit créés par le Conseil d'État, et la conformité sous réserves développée par le Conseil constitutionnel.

A. Le Conseil d'État et les Principes généraux du droit

À la Libération, le Conseil d'État, qui a « fait parfois preuve d'un zèle manifeste dans la mise en œuvre ¹ » de

1. K. Weidenfeld, *Histoire du droit administratif*, Economica, 2010, p. 103.

la législation de Vichy, tente de se refaire une réputation. Son nouveau vice-président, René Cassin, exalte, le 23 décembre 1944, « les assemblées plénières du contentieux [...] qui annulaient en pleine occupation allemande de nombreuses décisions prises à Vichy en violation des principes fondamentaux de notre droit public respectés depuis 1789 ». Et c'est ainsi que la théorie des Principes généraux du droit, initiée dans un arrêt du 5 mai 1944, *Tromprier-Gravier*¹, puis officiellement consacrée par l'arrêt d'Assemblée *Aramu*² du 26 octobre 1945, va servir à la réhabilitation du Conseil.

1. La notion de PGD

Ces « fleurons de l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État³ », énoncés par le juge lui-même, ont certes quelques précurseurs. Ainsi, on évoque parfois la décision du Tribunal des conflits *Dugave et Bransiet*, rendue le 8 février 1873, le même jour que l'arrêt *Blanco*, ou les conclusions *Jaegerschmidt* sur un arrêt du 5 janvier 1894, Conseil presbytéral de Saint-Étienne – où le commissaire du gouvernement déclarait que « dans le silence de la loi, ce sont les principes généraux du droit administratif [...] consacrés par la jurisprudence, que nous devons appliquer ». *Dans le silence de la loi* : il arrive donc que celle-ci ne soit pas complète, et donc qu'elle ne puisse être utilisée de façon satisfaisante...

Cependant, c'est en 1945, au cours d'une période excessivement troublée au regard des libertés de la personne, que la théorie des principes généraux du droit se trouve enfin affirmée, comme l'explique alors le président Bouffandeau. Dans un article consacré aux « progrès récents de la jurisprudence du Conseil d'État »,

1. CE (sect.), 5 mai 1944, *Dame Veuve Tromprier-Gravier*, R. 133.

2. CE (ass.), 26 octobre 1945 *Aramu*, R. 213.

3. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, LGDJ-Montchestien, 11^e édition, 1997, n^o 121.

celui-ci évoque l'apparition de cette théorie, qu'il juge « particulièrement hardie dans un régime de droit écrit comme le nôtre¹ ». « Nous estimons qu'il existe des règles de droit *non écrites*, ayant valeur législative et qui, par suite, s'imposent [...] au pouvoir réglementaire. Il s'agit de l'œuvre constructive de la jurisprudence réalisée, *pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens.* » En fait, remarque de son côté le conseiller d'État Letourneur, le problème de l'atteinte aux libertés ne se posait que de façon subsidiaire au cours de la III^e République : mais tout change avec le recul qui s'est produit à partir de 1940. C'est donc afin de répondre à un tel danger que « le Conseil d'État, transformant totalement sa méthode, se met à construire cette théorie des principes généraux du droit, ce qu'il s'était jusqu'alors refusé à faire ».

2. Le rôle des PGD

Selon René Chapus, le mode d'élaboration de ces principes confirme qu'il s'agit bien d'un complément à la législation : le juge « les recueille plus qu'il ne les crée² », soucieux de consacrer « des principes qui soient en accord avec l'état général et l'esprit de la législation ». C'est ainsi qu'il « va chercher son inspiration dans des dispositions législatives particulières mais convergentes, ou même dans une seule de ces dispositions si elle lui paraît [...] significative d'une certaine orientation du droit ».

Toujours est-il que l'objectif est (presque³) toujours le même : enrichir le corpus et la protection des libertés.

1. Cité M. Letourneur, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Études et documents du Conseil d'État*, 1951, p. 19.

2. R. Chapus, *op. cit.*, n° 123.

3. Gilles Lebreton évoque ainsi « les principes généraux du droit assurant la protection de l'administration » (G. Lebreton, *Droit administratif général*, Dalloz, coll. « Cours », 9^e éd., 2017, p. 63), lesquels,

Après l'arrêt Aramu du 26 octobre 1945, qui pose le principe des droits de la défense en cas de sanction disciplinaire, le Conseil d'État n'aura de cesse de développer de nouveaux principes généraux du droit : on peut citer en ce sens la liberté d'aller et venir¹, la règle *non bis in idem* en matière de sanctions administratives², le « principe général applicable à toutes les juridictions administratives d'après lequel la procédure doit revêtir un caractère contradictoire³ », l'interdiction faite à l'administration de licencier une femme enceinte⁴, le caractère public des audiences judiciaires⁵, le principe reconnaissant à tout agent d'administration le droit à une rémunération qui ne saurait être inférieure au SMIC⁶, les principes généraux du droit de l'extradition⁷, le principe garantissant à la famille les conditions nécessaires à son développement⁸, le principe selon

s'ils visent certes à protéger l'intérêt général, n'ont pas pour finalité de garantir les libertés. Parmi ces principes, il cite un certain nombre d'arrêts : CE (sect.), 30 juin 1950, Quéralt, R. 413, qui reconnaît au pouvoir hiérarchique exercé par un supérieur sur ses subordonnés la nature d'un « principe général du droit public » ; CE (sect.), 14 avril 1961, société Sud Aviation, R. 236, sur le principe ordonnant la restitution de l'enrichissement sans cause ; CE (sect.), 19 mars 1971, Mergui, R. 235, sur le principe interdisant de condamner une personne publique à payer une somme d'argent qu'elle ne doit pas ; CAA Marseille, 6 décembre 2004, commune de Nice, AJDA 2005, p. 832, affirmant l'existence d'un « principe général du droit de non-gratuité » de l'occupation privative du domaine public, auxquelles on peut ajouter également le récent arrêt d'assemblée, 13 juillet 2016, Czabaj, R. 340, selon lequel le destinataire d'une décision administrative individuelle ne peut exercer de recours contre celle-ci que durant un délai raisonnable qui ne saurait excéder un an.

1. CE, 20 mai 1955, Société Larcier et C^{ie}, R. 276.
2. CE, 23 avril 1958, Commune du Petit-Quevilly, R. 394
3. CE (sect.), 12 mai 1961, Société La Huta, R. 313
4. CE (ass.), 8 juin 1973, Dame Peynet, R. 406.
5. CE (ass.), 4 octobre 1974, Dame David, R. 464.
6. CE (sect.), 23 avril 1982, Ville de Toulouse contre Mme Aragnou, R. 151.
7. CE (ass.), 26 septembre 1984, Lujambio Galdeano, R. 308.
8. CE (sect.), 6 juin 1986, Fédération des fonctionnaires, R. 158.

lequel les sanctions pécuniaires sont interdites en matière disciplinaire¹, l'interdiction faite aux médecins de se livrer sans autorisation à des expérimentations sur une dépouille mortelle², la non-remise à son pays d'origine d'un réfugié politique³, le principe selon lequel l'exercice du droit de grève ne saurait donner lieu à des mesures discriminatoires en matière de salaires et d'avantages sociaux⁴, le principe de dignité de la personne⁵, le principe de prescription trentenaire des créances publiques⁶ ou encore le principe de sécurité juridique⁷... Comme le soulignait déjà le conseiller d'État Letourneur en 1950 : « Le domaine où il n'existe pas de textes écrits du droit public est immense, les principes y sont maîtres⁸. » C'est ce que démontre cette fabrication permanente.

Il ne s'agit pas pour autant d'un processus uniforme : toute lacune de la loi n'entraîne pas la reconnaissance automatique d'un principe général du droit pour la combler – comme l'a rappelé le Conseil d'État dans une décision du 6 juin 2014 relative aux pouvoirs disciplinaires des chefs d'établissements scolaires publics. En l'espèce, un décret du 24 juin 2011 prévoyait, dans certains cas particuliers (violences verbales, actes graves sur le personnel ou sur d'autres élèves), l'obligation, pour le chef d'établissement, d'engager de telles poursuites : ce que les requérants estimaient contraire à un principe général du droit selon lequel, dans le silence de la loi, le chef d'établissement apprécierait librement l'opportunité des poursuites. Dans cette décision

1. CE (ass.), 1^{er} juillet 1988, Billard et Volle, R. 288.

2. CE (ass.), 2 juillet 1993, Milhaud, R. 114.

3. CE, 1^{er} avril 1988, Bereciartua-Echarri, R. 135.

4. CE, 12 novembre 1990, Malher, R. 321.

5. CE (ass.), 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, R. 372.

6. CE (ass.), 8 juillet 2005, Société Alusuisse, R. 311

7. CE(ass.), 24 mars 2006, Société KPMG, R. 154.

8. M. Letourneur, *op. cit.*, p. 31.

d'assemblée, le Conseil d'État a jugé au contraire qu'« aucun principe général du droit ne fait obstacle à ce qu'un texte réglementaire prévoit que, dans certaines hypothèses, des poursuites disciplinaires doivent être engagées¹ ».

Dernière question, la *valeur* de ces principes. En 1947, le président Bouffandeau estimait qu'ils avaient valeur législative. De nos jours, on considère plutôt qu'ils ont une valeur intermédiaire, *infra-législative*, puisqu'ils ne sauraient en tant que tels modifier ou abroger des lois en vigueur, mais *supra-réglementaire*, ce qui signifie qu'ils s'imposent à l'administration, et que le juge peut annuler un acte administratif contraire à ces principes². Et au fond, c'est cela qui importe – puisque leur but est de suppléer les insuffisances de la loi dans sa fonction de garantie des libertés.

B. Le Conseil constitutionnel et la conformité sous réserves

Le Conseil constitutionnel, saisi d'une disposition législative, que ce soit dans le cadre de son contrôle *a priori* (article 61 alinéa 2 de la Constitution), ou de son contrôle *a posteriori* (article 61-1), pourra juger ladite disposition, soit non conforme à la Constitution, soit conforme à celle-ci, soit, enfin, conforme *sous réserves*³. Ce qui signifie que la mise en œuvre de cette dernière sera subordonnée à certaines *conditions, qu'il détermine lui-même*. C'est la technique dite de la « *conformité sous réserves* », en vertu de laquelle la loi n'est conforme à la

1. CE (ass.), 6 juin 2014, FCPE, requête n° 351582.

2. Cf. R. Chapus, « De la valeur juridique des PGD et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, p. 99.

3. Sur cette technique, A. Viala, *Les Réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999.

Constitution que *sous réserve* d'être appliquée selon les directives expressément énoncées par le Conseil : autrement dit, suivant ce *que celui-ci y a ajouté*.

1. La technique

Même si elle a connu une véritable explosion au cours des années 1990, cette technique est pratiquement née avec le Conseil constitutionnel, puisqu'on en trouve une première illustration dès 1959¹, le règlement de l'Assemblée nationale étant alors déclaré « *conforme à la Constitution, sous réserve des observations qui suivent...* ». Par la suite, le Conseil va développer un certain nombre de variantes, qui relèvent toujours du même principe.

À cet égard, on distingue trois types de réserves. Les réserves « neutralisantes » consistent à déclarer qu'une disposition *ne peut* être appliquée d'une certaine manière, sous peine de porter atteinte à la Constitution. À l'inverse, l'interprétation « directive » détermine comment la disposition contestée *doit être* appliquée pour être conforme : ce faisant, elle s'adresse au gouvernement et à l'administration qui la mettront en œuvre. Enfin, les interprétations « constructives » manifestent avec le plus d'éclat les pouvoirs que s'est attribués le Conseil, puisque celui-ci ne se borne pas alors à déterminer la façon dont il faut lire les dispositions en question, mais qu'il ajoute de son propre chef certains éléments à la loi, afin de la rendre conforme à la Constitution.

Une intervention d'autant plus importante que les réserves ainsi énoncées bénéficient, conformément à l'article 62 de la Constitution, de l'autorité absolue de la chose jugée : elles valent pour toutes les autorités administratives et juridictionnelles. Ce qui signifie qu'un acte qui serait pris sur le fondement de la loi, sans tenir compte des réserves énoncées par le Conseil, devrait être

1. Décision n° 59-2 DC, 17, 18 et 24 juin 1959.

considéré comme non conforme à la Constitution, et, à ce titre, annulé par le juge compétent.

2. Les objectifs

La technique de la conformité sous réserve confère donc au Conseil constitutionnel un pouvoir considérable qui, selon les cas – et suivant les points de vue –, pourra conduire, tantôt à encadrer, et donc, en un sens, à restreindre des libertés conçues de façon exagérément extensive par le législateur, tantôt à assurer une meilleure protection aux libertés constitutionnellement garanties.

a) Encadrer

Encadrer des libertés conçues de façon insuffisamment précise par le législateur, au risque de faire apparaître le Conseil constitutionnel comme un véritable colégislateur : tel est le sentiment que donne, par exemple, la décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 dans laquelle le Conseil reconnaît la conformité de la loi relative au pacte civil de solidarité (PACS), mais en l'assortissant de réserves considérables, énumérées dans le dernier considérant de sa décision : si la loi doit être déclarée conforme à la Constitution, c'est « sous les réserves et compte tenu des précisions ci-dessus énoncées, et qui portent notamment sur la condition de vie commune des personnes liées par un pacte civil de solidarité, sur la nullité absolue du pacte en cas de non-respect des dispositions de l'article 515-2 du Code civil, sur la nature de la preuve contraire permettant d'écarter les présomptions d'indivision instaurées par l'article 515-5 du Code civil, sur le régime de l'indivision, sur l'interprétation des dispositions en vigueur comportant les mentions de « célibataire » et de « vie maritale », sur le caractère obligatoire de l'aide mutuelle

et matérielle que se doivent les personnes liées par un pacte, sur l'accès des tiers aux différents registres d'inscription des pactes, sur le respect de la vie privée des cocontractants et sur le droit du partenaire à réparation en cas de faute tenant aux conditions de la rupture unilatérale du pacte ». Ce qui revient, en définitive, à réécrire très largement la loi, comme le souligneront à l'époque certains commentateurs¹.

b) Protéger

Mais cette technique permet aussi d'assurer une meilleure protection des libertés sous le contrôle actif du juge, comme le montre par exemple la récente décision n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018, portant sur la loi du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information, familièrement qualifiée de « loi *fake news* ». À cette occasion, le Conseil constitutionnel a pu mettre en œuvre la conformité sous réserve dans sa version la plus intrusive, à propos de deux dispositions de la loi.

La première instaurait une procédure de référé permettant d'obtenir, durant la période de trois mois précédant toutes les élections nationales ou européennes et les consultations référendaires, « la cessation de la diffusion de fausses informations sur les services de communication au public en ligne » dans le cas où celles-ci seraient « de nature à altérer la sincérité du scrutin ». Le Conseil constitutionnel va estimer, au vu des conséquences d'une telle procédure sur la liberté d'expression et de communication, que cette disposition n'est conforme à la Constitution qu'à la condition, d'abord, que le « caractère inexact ou trompeur » desdites informations soit « manifeste » ; et que, par ailleurs, soit également « manifeste [...] le risque d'altération de la sincérité

1. Cf. N. Molfessis, « La réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil constitutionnel », *Semaine juridique (JCP)*, 2000, p. 210.

du scrutin ». On note que, sur ce point, le Conseil constitutionnel énonce une double réserve cumulative, portant à la fois sur la nature des informations diffusées et sur les conséquences d'une telle diffusion.

Il en va de même à propos de l'article 6 de la loi, qui attribue au Conseil supérieur de l'audiovisuel le pouvoir de suspendre la diffusion d'un service de radio ou de télévision lié à un État étranger « en cas de diffusion de fausses informations en période électorale ». Là encore, au vu des conséquences d'une telle mesure sur la liberté d'expression et de communication, cette dernière ne sera conforme que si les allégations ou imputations ont un caractère manifestement inexact ou trompeur, « ou si le risque d'altération de la sincérité du scrutin » est manifeste ¹.

Sous-section 2

CONTOURNER LA LOI

Le juge peut compléter la loi en créant de nouveaux principes ou en imposant une certaine interprétation de cette dernière. Mais il peut aller encore plus loin, en contournant une loi qui lui paraît, soit inapplicable en l'état, soit inopportune au regard de l'idée qu'il se fait du droit.

A. Quand elle est inapplicable

À ce propos, on peut se limiter à un exemple frappant, la question du droit à la vie privée. La protection

1. On notera à ce propos que sur ce second point, les deux conditions énoncées par le Conseil constitutionnel semblent seulement alternatives, alors qu'elles étaient cumulatives dans le premier cas. Comme si, en définitive, les médias liés à des États étrangers ne méritaient pas la même protection que les services d'information en ligne...

de celle-ci est essentielle : Jean Rivero affirmait qu'elle constitue « la défense avancée tant des libertés de la personne physique que des libertés de la pensée ¹ ». Pourtant, ce droit à la vie privée fut longtemps mal protégé, notamment au regard d'une liberté concurrente, la liberté de la presse telle qu'elle résulte de la loi du 29 juillet 1881.

Dans cette loi de 1881, la seule disposition ménageant le droit à la vie privée était en effet un article 29 qui prévoyait une sanction pénale, mais seulement quand la divulgation de la vie privée était constitutive d'une diffamation, c'est-à-dire d'une allégation ou d'une imputation d'un fait portant atteinte à l'honneur ou à la considération. Or, cette voie exclusivement répressive s'avérait inadéquate, dans la mesure où elle n'empêchait pas l'acte attentatoire d'être commis, ni la victime d'en supporter pleinement les conséquences. C'est pourquoi, faute d'une législation acceptable, le juge judiciaire va finalement mettre en place, de sa propre initiative, un système préventif.

Un magazine peu regardant sur la déontologie journalistique, *France dimanche*, avait publié, contre sa volonté, des photographies du jeune fils de l'acteur Gérard Philipe dans sa chambre d'hôpital, accompagnant ces images volées d'informations sur l'état de santé de l'enfant mises en parallèle avec la mort subite de son père, six ans auparavant. Le président du TGI de la Seine, statuant comme juge des référés, ordonna la saisie du magazine par une ordonnance du 10 mars 1965, confirmée trois jours plus tard par la Cour d'appel de Paris ² : « Le juge des référés peut et doit assurer, en cas d'urgence, la protection des droits de la personnalité, surtout lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de celle d'un enfant. » Dans le même esprit, le

1. J. Rivero, *Libertés publiques*, PUF, 1984, t. 1, p. 31.

2. CA Paris, France édition et publications contre Dame Nagaux dite Anne Philipe, *Gazette du Palais*, 1966, p. 38.

juge fit saisir quelques semaines plus tard l'hebdomadaire *Ici Paris*, qui avait publié des photographies de la chanteuse France Gall, alors mineure, en galante compagnie : dans un arrêt du 7 avril 1965, Société Ici Paris contre Robert Gall, la Cour d'appel de Paris confirma l'ordonnance – et se rangea du côté d'une protection du droit à la vie privée.

Pourtant, une telle jurisprudence posait un vrai problème au regard de la liberté de la presse. En effet, une mesure aussi radicale n'était nullement prévue par les textes – et en particulier par la loi de 1881, dont l'article 51 prévoyait seulement, en cas de diffamation, la saisie de quatre exemplaires du journal incriminé. En somme, la solution dégagée par le juge allait à l'encontre de cette loi, en faisant prévaloir sur celle-ci une certaine conception de la liberté individuelle et du droit à l'intimité. D'où le malaise manifeste de la Cour de cassation qui, le 12 juillet 1966, rejeta certes le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 mars 1965¹, mais qui, dans son rapport sur l'année judiciaire, en appela au législateur en lui demandant instamment de « concilier le respect des principes démocratiques qui gouvernent le droit de la presse, et le respect non moins légitime de la vie privée des personnes » afin de permettre aux tribunaux de prendre « des mesures moins sujettes à controverses que celles auxquelles les contraint l'absence de législation appropriée² ». En somme, la Cour de cassation reconnaissait que les jugements qu'elle avait refusé de casser posaient problème, mais elle affirmait que le problème en question était moins grave que celui qu'entraînait l'inaction du législateur.

Ce dernier va donc intervenir en introduisant dans le Code civil, par la loi du 17 juillet 1970, un nouvel

1. Cass. Civ. 2^e, 12 juillet 1966, SARL France éditions et publications contre veuve G. Philipe, *Gazette du Palais*, 1966, p. 187.

2. *Rapport sur l'année judiciaire, 1968-1969*, La Documentation française, 1969, p. 15.

article 9 disposant que « chacun a droit au respect de sa vie privée ». Cette loi régularise en outre la pratique du référé protecteur de la vie privée, des mesures préventives pouvant par ailleurs être ordonnées par le juge du principal. Ce faisant, on aboutit enfin à un « équilibre plus satisfaisant entre la protection de la vie privée et le respect du principe de la liberté d'expression ¹ ».

B. Quand elle est inopportune

À la Libération et dans les années qui suivent, le Conseil d'État, alors qu'il met au point la théorie des principes généraux du droit, s'efforce également de contrer une législation restrictive, notamment en ce qui concerne la recevabilité des recours ².

L'une de ses interventions les plus significatives, à cet égard, est sans doute l'arrêt d'Aillières du 7 février 1947 ³. En juillet 1940, Bernard d'Aillières, député conservateur de la Sarthe, avait voté, avec l'immense majorité de ses collègues réfugiés à Bordeaux, les pleins pouvoirs au maréchal Pétain ; en conséquence, il avait été frappé d'inéligibilité par l'ordonnance du 21 avril 1944. Celle-ci prévoyait que les personnes inéligibles pouvaient toutefois se pourvoir devant le *Jury d'honneur* – une juridiction administrative spécifique créée pour l'occasion mais dont les décisions, précisait encore l'ordonnance, étaient *insusceptibles de recours* ⁴. Le

1. S. Tsiklirias, *La Protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, LGDJ, 1991, p. 215.

2. F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, 2005, p. 393.

3. CE (ass.), 4 février 1947, d'Aillières, R. 50.

4. « Considérant à la vérité qu'aux termes du 3^e alinéa de l'article 18 bis ajouté à l'ordonnance du 21 avril 1944 par celle du 6 avril 1945, qui était en vigueur au moment de l'introduction de la requête et dont la modification ultérieure par l'ordonnance du 13 septembre 1945 n'a d'ailleurs eu ni pour but, ni pour effet de changer sur ce point la signification, la décision du jury d'honneur n'est susceptible d'aucun recours. »

Conseil d'État, par une lecture très audacieuse de l'ordonnance, va en prendre le contrepied, déclarant que « l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours *en cassation* devant le Conseil d'État ». En somme, lorsque l'ordonnance exclut *tout recours*, cela ne comprend pas les recours en cassation, qui auraient dû être spécifiquement désignés.

Trois ans plus tard, le Conseil d'État va encore plus loin dans un arrêt du 17 février 1950, Dame Lamotte. Il y déclare que le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre tous les actes administratifs, « dans les hypothèses mêmes où la loi aurait expressément déclaré qu'ils étaient insusceptibles de recours contentieux¹ ». Il en va ainsi, précise le juge, dans la mesure où ledit recours a « pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité² ». Par la suite, cette jurisprudence audacieuse sera confirmée à plusieurs reprises³. Ce faisant, le Conseil d'État statue pourtant *contra legem* : contre ce qui lui apparaît, « à la vérité⁴ », comme étant l'intention clairement exprimée du législateur.

1. CE (ass.), 17 février 1950, Ministre de l'Agriculture contre Dame Lamotte, R. 110.

2. « Considérant que l'article 4, alinéa 2, de l'acte dit loi du 23 mai 1943 dispose : "L'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire ; que [...] cette disposition [...] n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité. »

3. Par exemple, CE (ass.) 17 avril 1953, Falco et Vidailiac, R. 175.

4. Le terme est du reste utilisé de façon identique dans les considérants de principe des arrêts d'Aillières et Falco et Vidailiac.