

Note / 20	Correcteur

Constitution et libertés fondamentales

Le 31 juillet 2022, la loi relative à la fin de l'état d'urgence sanitaire clôturait, pour les libertés fondamentales, deux années aussi éprouvantes qu'intenses.

Éprouvantes, parce qu'un nombre important de ces libertés a été limité par l'action publique, pour les besoins de lutte contre l'épidémie. Intenses, pour le législateur et le pouvoir réglementaire, qui n'ont eu de cesse d'équilibrer leurs mesures, pour limiter leurs atteintes à ces libertés, sous le contrôle du juge.

Ces deux années auront aussi été riches en enseignement : la doctrine juridique a pu éprouver sa vision théorique du rapport qu'entretiennent Constitution et libertés fondamentales, aux cibles de l'urgence, et de la nécessité. Car en effet, Constitution et libertés fondamentales entretiennent une relation particulière : la première est réceptacle des secondes ; instrument principal de leur existence juridique. Cette relation s'est construite de manière progressive : le Constituant lui a donné son mouvement fondamental ; quand le juge continue à l'entretenir et à l'équilibrer, en les protégeant des atteintes portés par la loi et le règlement.

Quelle est donc l'étendue de cette relation ? La Constitution, au sens restreint, se limite au texte adopté par le constituant : en France, ce sont les articles de la Constitution de la V^e République, entrés en vigueur le 4 octobre 1958. Au sens large, en revanche, elle est l'ensemble des règles constitutionnelles reconnues comme telles par la pratique juridique : au Royaume-Uni, elle

(1) Indiquer la nature du concours.

(2) Précisez le niveau : CME - CM1 - CM2 - CTE - CT1 - CT2 - CT1/VE - CAT2 - BSAT - BSTAT.

(3) Pour les examens de langues, préciser : active, réserve, service détaché.

(4) Ne rien inscrire dans cette case.

(5) Le candidat porte au numérateur le numéro d'ordre de la feuille et au dénominateur le nombre total de documents constituant sa composition (ex. : 1/3 puis 2/3 et 3/3).

est l'ensemble des principes constitutionnels que la doctrine, la jurisprudence, et le Parlement ont considérés comme étant de telle nature. En France, c'est la notion de bloc de constitutionnalité qui emporte la Constitution au sens large : construction jurisprudentielle progressive, sa naissance traditionnelle est fixée par la décision du 21 juillet 1971, liberté d'association, du Conseil Constitutionnel : elle regroupe, entre autres, le texte de 1958 et son préambule, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ou encore, la Charte de l'Environnement.

les libertés fondamentales sont une série particulière de droits fondamentaux : elle accordent une protection spécifique au citoyen, contre les différentes formes de contrainte imposées par les Etats, ou les personnes physiques ou morales. La doctrine et le juge leur reconnaissent un caractère particulier, mais ne les saisissent que rarement de manière autonome : elles sont donc étudiées particulièrement, mais toujours au coté des autres droits fondamentaux.

le juge qui assure la protection de leur relation, est en réalité multiple : c'est tout à la fois le juge constitutionnel (En France, le Conseil Constitutionnel), le juge administratif (le Conseil d'Etat, les tribunaux et cours administratives d'appel), et à la marge, dans le cadre du contrôle QPC (Question prioritaire de constitutionnalité), le juge judiciaire.

Mais de quelle manière, et sous quelles limites, le juge assure-t-il la protection des droits et libertés fondamentaux garantis par les textes et principes constitutionnels français ? Pour assurer une telle mission, le juge agit conformément à une somme de principes fixés par les textes et la pratique (I). Une série de limites de différentes natures vient toutefois atténuer cette capacité de protection propre au juge (II).

I les principes guidant la protection des droits et libertés garantis par la Constitution

70 En France, la protection des dispositions constitutionnelles, et spécifiquement des droits et libertés, s'est effectuée en deux temps ; dont la création du Conseil Constitutionnel par le texte de 1958 est assurément le point de liaison. Ainsi, il est possible de dissocier protection des droits et libertés constitutionnellement garantis par le juge administratif, spécifiquement - mais pas exclusivement - avant 1958 (A), et protection de ces mêmes droits par le Conseil Constitutionnel (B).

80 A) le juge administratif, protecteur primitif des droits et libertés constitutionnellement garantis.

85 Si les constitutions sont des textes juridiques anciens, comme le confirme celle des Etats-Unis d'Amérique (1787) et de la première république française (1791), l'idée d'amener une protection de leurs dispositions est en revanche plus récente dans l'esprit européen. En effet, la Cour Suprême américaine l'avait établi dans son arrêt majeur de février 1803 *Marbury v. Madison*, mais il a fallu attendre les écrits et l'inspiration d'Hans Kelsen, dans sa *Théorie pure du droit*, pour qu'il soit adopté au début du XX^e siècle en Autriche. Dans cette même, le juge des III^e et IV^e république de France attendit 1958 et le passage à la V^e d'entre elle, pour qu'apparaisse une Cour Constitutionnelle proprement dite en France.

100 Cependant, il n'a pas attendu le Général de Gaulle pour réaliser un contrôle de constitutionnalité du règlement. Il s'y est autorisé dès le début du XX^e siècle. La décision du Conseil d'Etat *Anghel*, de 1937, est éclairante à ce sujet : le juge s'interdit le contrôle de constitutionnalité du règlement si une loi, dont il ferait l'application, réaliserait un écart entre ce règlement et la Constitution. A

105 l'inverse, quand le règlement est autonome (exemple de
d'écrit-loi de la III^e République, ou du règlement pris sous
l'empire de l'article 37 de la Constitution de la IV^e) ou
que la loi l'autorise sans autre précision, a réglementé en
sa matière (cas de l'«écran transparent»), notamment
110 mit en place par l'arrêt (Reichlin de 1931, de ce même
Conseil d'Etat), le juge réalise le contrôle. Dans ce
cadre, il peut porter spécifiquement sur les droits et libertés
garantis par la Constitution.

115 Cependant, en matière de protection des droits et libertés,
le Conseil d'Etat (disormais abrégé en CE) ne s'est
l'élaboration d'une doctrine systématique, plutôt que
d'adopter des arrêts isolés. Il a développé à partir
de sa décision Arraud de 1945, la théorie des principes
120 généraux du droit (PGD). Au départ catégorie spécifique
ou contrôle de légalité du règlement, elle transcrit,
sans s'appliquer au cas des contrôles de constitutionnalité, la
volonté, pour le juge administratif (JA), de protéger spéci-
fiquement les droits et libertés. Ainsi, il reconnaît, par
125 exemple, la possibilité du recours pour excès de pouvoir
d'illégalité (dit REP, recours pour excès de pouvoir), dans
une décision Dame Lamotte de 1950, en allant contre
les termes de la loi, contra legem.

130 Fort de cette attention pour les droits et libertés, il
reconnaitra en 1948, dans un arrêt du CE Société du
Journal l'Aurore, que le Préambule de la Constitution
de 1946 est invocable en contentieux administratif.
L'intuit de cette reconnaissance est de fait partie: le
135 préambule contient une série de droits et libertés que
le constituant a placé en tête du texte constitutionnel:
liberté d'aller et venir, libertés sociales, droit de
grève, égalité des services publics, etc. Ils sont
appelés principes particulièrement méconnus à notre
140 temps.

Note / 20	Correcteur

N° d'anonymat (4)
0945

1 Cette reconnaissance de la spécificité du préambule de 1946 n'est pas le premier coup d'éclat du CE. Dans un arrêt de 1927, le rapporteur public avait déjà exprimé que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) était « au

5 franchise des Constitutions républicaines. Elle ne sera pas non plus la dernière : au début des années 1960, le CE reconnaîtra l'immuabilité du préambule de la Constitution de 1958 en contentieux administratif. Celui-ci contient une référence au préambule de 1946, à la DDHC,

10 et à la catégorie nouvelle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR).

15 Si le CE a reconnu la spécificité de ces catalogues de droits et libertés, le Conseil Constitutionnel (CC) leur reconnaîtra officiellement en 1971 (Liberté d'association), une valeur constitutionnelle. Ainsi, le JA est-il précurseur en matière de protection des droits et libertés constitutionnellement garantis. Malgré la mise en place du contrôle de constitutionnalité des lois au profit du CC, le JA garde son pouvoir

20 de développement de la catégorie : il dégagera, en 1996, le PFRLR d'interdiction des extraditions à caractère politique (CE, Koné). Enfin, avec l'essor du droit européen, il prendra en charge le respect des droits et libertés garantis par les conventions de droit européennes (Convention européenne

25 de sauvegarde des droits de l'homme - CESDH ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - CDFUE), en les assimilant aux droits et libertés constitutionnellement garantis, lorsque'il assume le contrôle de la conformité d'un règlement de transposition du droit de l'Union (principe dégagé par l'arrêt de 2007 Arceles) à la Constitution.

30

Ainsi, le JA exerce-t-il un rôle déterminant dans la protection

(1) Indiquer la nature du concours.

(2) Précisez le niveau : CME - CM1 - CM2 - CTE - CT1 - CT2 - CT1/VE - CAT2 - BSAT - BSTAT.

(3) Pour les examens de langues, préciser : active, réserve, service détaché.

(4) Ne rien inscrire dans cette case.

(5) Le candidat porte au numérateur le numéro d'ordre de la feuille et au dénominateur le nombre total de documents constituant sa composition (ex. : 1/3 puis 2/3 et 3/3).

que réclame la relation entre Constitution et droits et libertés fondamentaux. Néanmoins, il n'est plus le seul (B).

B) le Conseil Constitutionnel, protecteur attentif des droits et libertés constitutionnellement garantis.

La Constitution du 4 octobre 1958 a instauré un juge de la constitutionnalité de la loi, en la personne du Conseil Constitutionnel, qu'elle mentionne à son titre VIII. La IV^e République lui avait instauré un prédecesseur, dont le rôle ~~sera~~ a été minime, et inexistant particulièrement en matière de droits et libertés : le Comité Constitutionnel.

L'article 61 de la Constitution indique clairement mission de contrôler la conformité de projets et proposition de loi, avant promulgation, au texte constitutionnel. Il ouvre donc, en théorie, la possibilité de contrôler spécifiquement la loi aux droits et libertés. Le texte de 1958 en comporte toutefois peu. Dans cette mesure, le CC a rapidement souhaité inscrire dans la durée le travail préparatoire de l'JA : il a donc reconnu le bloc de constitutionnalité par sa décision de 1971 précitée.

Même à cette extension, le CC ne clairement développer son rôle de protecteur des droits et libertés : la liberté d'association en 1971, le droit de grève et la continuité du service public en 1987 (décision Droit de grève à la radio et à la télévision), mais aussi, la libre administration des collectivités territoriales, seront tous reconnus comme ayant valeur constitutionnelle.

Néanmoins, ce rôle était limité par les contraintes de sa mission que le CC impose par le texte de 1958. Dans cette mesure, le Constitutionnel, sous le quinquennat.

70 de Nicolas Sarkozy, a souhaité introduire une ~~nouvelle~~
nouvelle forme de contrôle. Au delà du contrôle a
75 priori (dit contrôle DC) de la loi, dont l'initiative
était laissée au Président de la République, au
Présidents des assemblées parlementaires, et depuis
1943, à des groupes de 60 députés ou sénateurs, a
été instauré un contrôle a posteriori (dit contrôle QPC).

80 Ce recours QPC est spécifiquement ouvert aux justiciables.
Il permet la saisine du CC à l'encontre de
dispositions législatives présumées contraires à
un droit ou une liberté que la Constitution (et
donc, le bloc de constitutionnalité) garantit. Il a
été codifié à l'article 61-1 du texte de 1958.

85 Dans cette mesure, le rôle du CC en matière de protection
des droits et libertés fondamentaux avait clairement été
jugé insuffisant. Désormais, il représente la majorité
du contentieux constitutionnel. Il a connu des
avancées notables : en matière de protections des
libertés : entre 2008 et 2010, c'est l'ensemble du
régime de la garde à vue pénale qui a été revue,
90 par le législateur, suite à des contentieux de QPC.

95 Enfin, à l'image du JA, le CC, dans une volonté de
dialogue des juges et des ordres judiciaires nationaux
et internationaux, a adopté une position similaire
que dans l'arrêt Arceles (CE 2007, précité). Dans
une série de décisions, entre 2002 (DADVSI) et
2007 (loi confiance dans l'économie numérique), le
Conseil accepte d'assimiler les droits et libertés
constitutionnellement garantis, à ceux « conventionnellement »
100 garantis (c'est-à-dire, par le droit de l'Union Européenne),
et d'exercer un contrôle des lois de transposition
de directives, au regard du catalogue européen.

Pour conclure, le JA comme le CC ont, au fil des décennies,

105 sein pleinement ce rôle de protecteur des droits et libertés
constitutionnellement garantis. Néanmoins, une série
de limites liées à leur contrôle, réduit ce rôle (II)

110 II les limites réduisant la capacité du juge à protéger
les droits et libertés constitutionnellement garantis

115 Malgré la propension de contrôle effectué
par le juge, des limites tant procédurales (A) que
liées à des cas de circonstances particulières (B) réduisent
l'efficacité de la protection juridique des droits et
libertés fondamentaux.

120 A) les limites procédurales à la protection du juge

125 Comme exposé précédemment, le contrôle effectué par
le juge a vocation d'être réévalué au fur et à mesure
de la pratique de la V^e République.

130 En contrôle DC, en effet, le travail du juge n'était
possible que sur saisine des autorités mentionnées plus
haut (Président de la République, des assemblées) avant
1973, puis par 60 députés ou sénateurs depuis. Une
premier réajustement, entre Pompidou etiscard d'Estaing,
permettant à l'opposition de s'enquérir du respect,
entre autre, des droits et libertés fondamentaux, était
peut-être insuffisant.

135
140 le second, provoqué par la réforme de la QPC, l'a-t-il
été, alors que son objectif était d'ouvrir largement
le prétoire du Conseil ? Une partie de la doctrine
répond par la négative, tant le recours QPC est
procédualement contraint.

Note / 20	Correcteur

N° d'anonymat (4)

1 En premier lieu, une QPC ne peut être soulevée qu'à l'occasion d'une instance : c'est un recours rituel, bien que formellement distinct, dans un premier recours au fond. Seul le justiciable, et non pas seulement le citoyen peut donc demander au CC d'examiner le respect ou la violation de ses droits.

10 En second lieu, ce recours doit suivre une procédure d'examen préalablement réalisée par le J.A, ou le juge judiciaire. Le justiciable doit en effet présenter sa QPC au tribunal qui juge le litige dont il est partie au fond. Ce tribunal vérifie alors la recevabilité de la QPC, selon plusieurs critères. En premier lieu, les critères de légalité externe (respect des formes et procédures, par exemple, nécessité d'un recours QPC distinct du recours au fond, clairement identifiable). Ensuite, le juge du fond vérifie que la question est concernée bien par une disposition applicable au litige, si elle présente un caractère sérieux, et si elle présente un caractère nouveau (vérification que les dispositions contestées n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution).

25 En troisième lieu, si et seulement si la question est, à ce stade, toujours recevable, alors elle est transmise à la juridiction suprême de l'ordre dans lequel elle a été posée : Conseil d'Etat ou Cour de Cassation. De la même manière, ces juridictions examineront la question et sa recevabilité selon les mêmes méthodes que les juridictions du fond. Alors, ils décideront, ou non, de transmettre la question au CC.

(1) Indiquer la nature du concours.

(2) Précisez le niveau : CME - CM1 - CM2 - CTE - CT1 - CT2 - CT1/VE - CAT2 - BSAT - BSTAT.

(3) Pour les examens de langues, préciser : active, réserve, service détaché.

(4) Ne rien inscrire dans cette case.

(5) Le candidat porte au numérateur le numéro d'ordre de la feuille et au dénominateur le nombre total de documents constituant sa composition (ex. : 1/3 puis 2/3 et 3/3).

35 Finalement, le CC tranchera, après un long processus procédural. De ce fait, le contrôle de respect des droits et libertés est particulièrement limité.

40 Et si le SA comme le CC, dans un dialogue nécessaire des juges, ont acceptés de reconnaître l'équivalence du catalogue de droits et libertés européens, ça n'est pas peu autant que le justiciable puisse plus facilement s'adresser à la juridiction européenne et le recours devant la Cour de justice de l'Union Européenne comme devant la Cour Européenne des droits de l'Homme, notamment en matière de droits et libertés fondamentaux, est conditionné à l'épuisement des voies de recours devant les juridictions nationales.

50 Pour le contrôle de constitutionnalité des règlements, les règles sont en revanche plus simples, et la voie de recours liberté (article L 521-2 du Code de justice administrative) est ouverte: il est néanmoins, dans les faits, restreint, puisque la voie normalement généralement prise est celle de la QPC.

55 ~~Par~~ toutes ces limites, le contrôle du juge est donc restreint. Celles-ci sont procédurales, mais d'autres, plus circonstanciées, complètent le tableau (B).

60 B) les limites circonstanciées à la protection des juges

65 Dans des cas nombreux de circonstances particulières, a été relevé un net recul du contrôle des juges sur le respect des droits et libertés fondamentaux.

Cela a été le cas devant les parades d'état d'urgence que la France a connues à neuf reprises:

70 Par trois fois dans le cadre de la guerre d'Algérie,
l'année 1950/60), par 3 fois durant les événements
en Ouhra mer (1985-1987), une fois en 2004
lors des événements dans les banlieues parisiennes,
mais aussi durant la longue période des attentats
terroristes (2015-2017), puis de la pandémie
75 (2020-2022), l'état d'urgence, classique ou
sanitaire, a été mis en œuvre sur tout ou
partie des territoires nationaux

80 Par ce régime de circonstances, la protection accordée
aux droits et libertés fondamentaux, baigne d'un
crainte juridique. En clair, c'est souvent le pouvoir
réglementaire, et non plus la loi, qui module
l'étendue des droits et libertés. Une marge de
manœuvre importante est laissée aux titulaires du
85 pouvoir réglementaire (Premier ministre et Président
de la République (CE 1315 la boune); par l'article
L2215-1 et suivants du code général des collectivités
territoriales - CGCT); maire (article L2212-1 et
suivants CGCT)) pour régler la situation d'urgence.

90 Ainsi, le préfet est-il autorisé à demander la réalisation
de perquisitions administratives, ou de placement
en garde à vue, ou simple notification à l'auto-
judiciaire. Pourtant, c'est cette autorité judiciaire, et
95 et non pas l'autorité administrative, qui est chargée
par la DDHC (article 15) et la Constitution de 1958,
de réaliser les actes atteints à la liberté. Pourtant,
en 2015 et 2016 (décision CE 22 décembre, CE 11 décembre
2016, Napol et Autres) le JAF et le CC ont validé
100 de telles dispositions.

De la même manière, devant l'état d'urgence
sanitaire, le Conseil Constitutionnel, le 24 mars
2020, a-t-il validé une contradiction très claire

105

à la Constitution promulguée par le législatif (non
respect des procédures de promulgation d'une loi
organique), et a-t-il repoussé l'accès à son
pouvoir jusqu'à juin 2020, pour éviter
l'engorgement des QPC. Par cette décision, il
a donc fermé le recours, et a manqué à sa charge

110

115

120

125

130

135

140