

ENM 2009

Questions appelant une réponse courte relatives a l'organisation de l'état et de la justice, aux libertés publiques et au droit public

1) Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution de 1958.

L'article 38 de la Constitution de 1958 ne fait que constitutionnaliser la pratique *praeter legem* des «décrets-lois» de la III^e République, apparue durant le premier conflit mondial en raison du dysfonctionnement du «*parlementarisme absolu*» dénoncé par Raymond Carré de Malberg, pratique devenue d'ailleurs *contra legem* sous la IV^e République en raison de l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 interdisant toute délégation législative. Le recours aux ordonnances s'inscrit dans le cadre d'une procédure particulièrement lourde, tout en connaissant depuis quelques années de sensibles évolutions pratiques.

La règle fondamentale en matière d'ordonnance réside dans l'autorisation préalable octroyée par le Parlement au Gouvernement qui suspend partiellement l'application de l'article 34 de la Constitution. En cas de refus opposé par le premier, le second se retrouve alors incompétent pour agir par ordonnance. L'octroi de cette autorisation se traduit par le vote d'une loi d'habilitation, loi par laquelle le Parlement autorise l'empiétement du Gouvernement sur certains de ses domaines réservés de l'article 34. La loi d'habilitation doit impérativement indiquer le délai d'habilitation, le délai de ratification, ainsi que le programme précis du Gouvernement pour la réalisation duquel il souhaite agir par ordonnance. Cette loi d'habilitation ne peut plus être implicite depuis la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 (article 38 alinéa 2 nouveau: «*Elles - les ordonnances - ne peuvent être ratifiées que de manière expresse*»). Depuis la loi organique du 15 avril 2009 *relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, les dispositions des projets de loi par lesquelles le Gouvernement demande au Parlement l'autorisation de prendre des mesures par ordonnances sont accompagnées, dès leur transmission, d'une série d'informations (objectifs poursuivis par le projet concerné, options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles, motifs du recours à une nouvelle législation, articulation du projet de loi avec le Droit européen en vigueur ou en cours d'élaboration et son impact sur l'ordre juridique interne, etc.). Enfin, les ordonnances doivent être signées par le chef de l'Etat en vertu de l'article 13 alinéa 1^{er} de la Constitution de 1958. Cette disposition très lapidaire a donné lieu à l'un des épisodes les plus tendus de la première cohabitation avec le refus opposé par François Mitterrand à la signature des ordonnances sur le découpage électoral, l'aménagement du temps de travail et les privatisations (1986) préparées par le Gouvernement de Jacques Chirac. Ce refus présidentiel ne constitue néanmoins qu'un simple blocage procédural dilatoire que le Gouvernement peut aisément surmonter en empruntant la voie parlementaire au risque de s'exposer il est vrai à l'obstruction de l'opposition parlementaire qu'il cherchait justement à éviter en passant par l'article 38.

Les ordonnances doivent respecter le cadre de la loi d'habilitation sur le fondement de laquelle elles sont prises (CE 1^{er} décembre 1997, *Caisse primaire d'assurance maladie de la Sarthe*). Elles doivent également respecter les principes généraux du droit (CE 12 février 1997, *Fédération des mutuelles de France*), même si elles n'ont pas été ratifiées (CE 4 novembre 1996, *Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province et autres*). Elles ne peuvent évidemment porter que sur des mesures qui sont du domaine de la loi (article 34, mais aussi des dispositions fiscales sans que l'article 14 de la Déclaration de 1789 s'y oppose). En revanche, l'autorisation donnée par le Parlement produit effet jusqu'au terme prévu par la loi d'habilitation, sauf si une loi ultérieure en dispose autrement, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que le Gouvernement en fonction à la date de l'entrée en

vigueur de la loi d'habilitation diffère de celui en fonction à la date de signature d'une ordonnance (CE Sect. 5 mai 2006, *M.Schmitt*). Par cet arrêt, le Haut Juge a ainsi consacré le caractère impersonnel de l'habilitation. Enfin, la Constitution réserve des matières précises à un certain type de lois et il ne saurait exister pour celles-ci de lois d'habilitation. Il s'agit des lois organiques, des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale. Durant l'application de l'article 38, le Parlement peut continuer à légiférer dans tous les domaines non visés par la loi d'habilitation. Mais si d'aventure le Parlement empiète sur l'un des domaines réservés aux ordonnances, le Gouvernement (ou depuis la révision de 2008 le Président de la Chambre concernée) pourra alors en vertu de l'article 41 alinéa 1^{er} opposer une irrecevabilité à l'encontre de toute proposition de loi ou d'amendement contraire à la délégation législative (article très peu utilisé sous la V^e République).

Les dernières années sont marquées en France par l'apparition d'une nouvelle catégorie d'ordonnances, d'une évolution finaliste de celles-ci. Autant celles utilisées jusque dans les années quatre vingt dix constituaient des textes éminemment politiques, traduisant des engagements de campagne et ne survivant dans ces conditions que très rarement à leur auteur, autant celles apparues depuis le début de l'actuelle décennie portent sur des matières techniques (tout particulièrement les actes communautaires de Droit dérivé, la simplification du Droit), se révèlent affranchies de connotation politique et deviennent pérennes en participant un peu plus à la crise de la loi. Comme le note le Professeur Pierre Delvolvé, «*La loi n'apparaît plus comme le mode normal de législation; elle est de plus en plus remplacée par des ordonnances. Leur multiplication est un signe de changement et même de dérèglement juridique et politique*», le Parlement devenant par delà-même l'acteur (sinon principal) de son dessaisissement temporaire. La multiplication du recours aux ordonnances tend d'ailleurs à ériger cette procédure normative d'exception en procédure de droit commun conduisant à un authentique «*désordre normatif*» selon la formule du Professeur Yves Gaudemet.

2) Les référés devant le juge administratif.

Le référé administratif, inspiré du référé judiciaire, permet au juge administratif de prononcer diverses mesures d'instruction (enquête, vérification administrative, expertise) ou mesures conservatoires (suspension des travaux, expulsion d'occupants sans titre du domaine public) destinées à prévenir l'aggravation d'une situation dommageable. Ces référés obéissent à une procédure allégée et ont été profondément réaménagés avec la loi du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives*.

Pour être provisoire, cette décision de justice n'en est pas moins exécutoire. On retrouve en l'espèce l'idée selon laquelle le juge du référé est un juge de l'évidence qui s'en tient à l'aspect apparent des situations pour prendre ses décisions et n'a pas à s'interroger outre mesure sur le fond du dossier. Le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire écrite ou orale, sauf renvoi à une formation collégiale, l'audience se déroulant sans conclusions du commissaire du gouvernement (article L 522-1 alinéa 3 du code de justice administrative). L'«*audience de cabinet*», eu égard à la brièveté des délais impartis au juge pour statuer, participe au caractère contradictoire de la procédure permettant au juge des référés de communiquer aux parties, avant la clôture de l'instruction, des éléments qui n'avaient pu l'être auparavant, tels les moyens d'ordre public relevés d'office (CE 27 juillet 2001, *Société Foncière M.F.C.*). Le juge administratif des référés, dès sa saisine, peut rejeter, par ordonnance motivée mais sans instruction contradictoire ni audience publique, une demande qui «*ne présente pas un caractère d'urgence*» ou «*s'il apparaît manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée*» (article L 522-3 du code de justice administrative). Il «*informe sans délai les parties de la date et de l'heure de l'audience publique*» (article L

522-1 alinéa 2 instaurant ce faisant un «calendrier de procédure») et devra se prononcer «*dans les meilleurs délais*» (quarante huit heures pour le «référé liberté»). Toute personne intéressée (non le juge lui-même) peut au surplus revenir devant ce juge, lequel «*peut, à tout moment, au vu d'un élément nouveau, modifier les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin*», l'ordonnance de référé se trouvant d'ailleurs dépourvue de l'autorité de la chose jugée (CE 24 février 1982, *Société Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment et autre*), même si elle est exécutoire et obligatoire. Quant aux voies de recours applicables aux référés ordinaires (en l'occurrence le «référé constatation», «référé instruction», «référé provision»), selon le dispositif classiquement établi, l'ordonnance du président du tribunal administratif (ou du magistrat qu'il désigne) peut être frappée d'appel devant une cour administrative d'appel et l'ordonnance du président de la cour (ou du magistrat désigné), statuant sur une demande de référé présentée pour la première fois en appel, relève d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat. En revanche, relativement à l'appel formé contre une décision de première instance, il ne relève plus d'une formation collégiale de la cour mais du président de celle-ci (ou d'un «*magistrat qu'il désigne à cet effet*»). Pour les référés d'urgence («référé suspension» et «référé instruction»), les ordonnances sont «*rendues en dernier ressort*» et sont seulement susceptibles d'un pourvoi en cassation (article L 523-1 alinéa 1^{er} du code de justice administrative). Cette organisation s'explique principalement par le fait que les procédures d'urgence sont avant tout l'affaire du premier degré de juridiction, l'appel ne jouant qu'un rôle secondaire.

Le référé conservatoire permet au juge d'ordonner «*toutes mesures utiles*», sur simple requête détachable d'une demande principale au fond, sous la réserve de la réunion de plusieurs conditions. Il faut tout d'abord qu'il y ait urgence à agir. Le litige doit ensuite être susceptible, s'il vient à être jugé au fond par la suite, de relever de la compétence d'une juridiction administrative. Enfin, ces mesures ne doivent «*faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative*» afin de respecter le «privilege du préalable». Quant à la traditionnelle condition pour les mesures prononcées de ne pas «*faire préjudice au principal*» (CE Sect. 2 mars 1990, *Mme Peugeot*), c'est-à-dire de trancher des questions de Droit qui relèvent de la compétence exclusive du juge du fond, la loi du 30 juin 2000 l'a supprimée.

Concernant le «référé instruction», il permet au juge de prescrire, sur simple requête, «*toutes mesures utiles d'expertise ou d'instruction*». Le décret du 2 septembre 1988 qui l'a édicté n'a pas imposé l'urgence comme condition nécessaire à sa mise en œuvre. Le dispositif législatif de juin 2000 ne l'a pas modifié.

Créé par le même décret du 2 septembre 1988, le «référé provision» permet pour sa part au juge unique d'accorder «*une provision au créancier qui a saisi le tribunal ou la cour d'une demande au fond lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable*». Il offre ainsi au créancier la possibilité d'obtenir une avance sur les sommes qui lui sont dues, sans attendre la date souvent éloignée à laquelle interviendra le jugement au fond déterminant le montant précis de sa créance. La loi du 30 juin 2000 devrait faciliter son exercice par la disparition de l'exigence d'une «*demande au fond*» (article R 541-1 du code de justice administrative) à laquelle l'article R 129 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel subordonnait sa recevabilité.

Avec le «référé liberté», «*Saisi d'une demande en ce sens justifié par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale*» (article L 521-2 du code de justice administrative). Le juge est ainsi doté des outils juridiques nécessaires à une véritable justice de l'urgence, le texte de la loi excluant de la procédure applicable au référé certaines caractéristiques essentielles de la procédure administrative traditionnelle (caractère écrit de la procédure contentieuse,

collégialité, présence du commissaire du gouvernement) afin de privilégier l'efficacité et la rapidité sur les garanties dont bénéficiait jusque là le requérant (le principe du contradictoire demeure néanmoins). Les décisions rendues en application de cet article L 521-2 sont susceptibles d'appel devant le Conseil d'Etat dans les quinze jours de leur notification. Sans être l'équivalent de la voie de fait, le «référé liberté» s'en rapproche néanmoins dans sa finalité et son organisation.

Par ailleurs, la loi précitée du 30 juin 2000 remplace le sursis à exécution par un «référé suspension». Trois progrès peuvent être mis au crédit des dispositions nouvelles. Tout d'abord, elles substituent la condition d'urgence à celle de «*préjudice difficilement réparable*», traduisant la volonté du législateur de faciliter l'octroi des mesures en référé. Ensuite, lesdites dispositions se bornent à exiger la production d'un moyen propre à faire naître un «*doute sérieux*» sur la légalité de la décision, alors que les règles antérieures subordonnaient l'obtention du sursis à la démonstration de l'existence d'un moyen sérieux et obligeaient ce faisant le juge à se livrer à une étude des moyens de la requête aussi poussée que lors de l'examen des conclusions de fond. Enfin, elles autorisent la suspension des décisions de rejet, d'actes transposant une directive communautaire (CE 29 octobre 2003, *Société Techna S.A.*), ainsi que des décisions occasionnant un préjudice d'ordre financier. À l'instar du sursis à exécution, ce type de référé présente le caractère d'une procédure accessoire dont le prononcé est conditionné par la réunion d'éléments au fond. Le champ d'application du dispositif n'est pas limité au seul contentieux de l'excès de pouvoir mais pourra, au-delà, s'appliquer dans le cadre de certains recours de plein contentieux (ceux qui conduisent le juge à apprécier la légalité d'une décision administrative avant d'exercer son pouvoir de réformation ou de substitution).

Enfin, le constat d'urgence, méconnu et ayant la réputation d'être d'une efficacité relative, consistait en une demande adressée au juge administratif pour qu'il délègue un expert, «*homme de l'art*», chargé de constater des situations de fait susceptibles d'évolution rapide. La loi précitée du 30 juin 2000 l'a remplacé par le «référé constatation» dont la mise en œuvre ne dépendra plus de l'impératif d'urgence (article R 531-1 du code de justice administrative).

3) L'évolution des saisines du Conseil Constitutionnel.

Les modalités de saisine très restrictives avant 1974 ont été assouplies par des révisions constitutionnelles.

Les autorités compétentes à l'origine pour saisir le Conseil constitutionnel étaient limitativement énoncées de manière à éviter l'automatisme et la généralisation des saisines, traduction de la méfiance originelle portée à l'encontre du contrôle de constitutionnalité. Il s'agissait du Président de la République, du Premier ministre (pouvoir propre pour ces deux autorités) et des deux Présidents des Chambres. Cette limitation explique la très faible activité du Conseil constitutionnel entre 1958 et 1974: vingt saisines sur des lois organiques (saisine obligatoire) et neuf saisines sur des lois ordinaires (saisine facultative). La réforme du 29 octobre 1974 a élargi les conditions de saisine du Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 61 alinéa 2, à soixante députés ou soixante sénateurs. Cette mesure représente la seconde et, vraisemblablement, la vraie naissance du Conseil constitutionnel sous la V^e République. La réforme de 1974 fut poursuivie et complétée par la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 qui instaure la saisine du Conseil constitutionnel par soixante parlementaires dans le cadre de l'article 54 de la Constitution.

La pratique des saisines depuis une trentaine d'années consacre de toute évidence une logique d'instrumentalisation par l'opposition parlementaire qui appréhende le contrôle de constitutionnalité comme une technique dilatoire susceptible de gêner la dynamique gouvernementale. Si l'on peut en conséquence regretter une telle dérive, il convient en

parallèle de souligner le renforcement de l'Etat de droit qui résulte de cet élargissement. Grâce à la saisine des parlementaires, et tout particulièrement de l'opposition, celle-ci n'a plus juridiquement tort du seul fait qu'elle est minoritaire pour reprendre une formule bien connue et la vigilance juridictionnelle ainsi générée ne peut que se révéler bénéfique pour la protection des libertés. On retrouve à cet égard les deux grandes fonctions arrogées par le Conseil constitutionnel depuis sa célèbre décision du 16 juillet 1971, en l'occurrence gardien des droits fondamentaux et garant de l'Etat de droit. La diversification des modalités de saisine a ce faisant permis l'ancrage du juge constitutionnel dans le paysage politico-juridique de la V^e République, alors même que ce juge ne se voyait dévolu à l'origine qu'une mission très contingente. En effet, comme l'assurait le Professeur Charles Eisenmann, le Conseil constitutionnel ne constituait en 1958 qu'un simple «*canon braqué sur le Parlement*», autrement n'apparaissait que sous la forme d'une simple illustration de la rationalisation du parlementarisme. La réussite de cette juridiction tient à l'évolution fonctionnelle qu'elle a elle-même dégagée en 1971 et à la «*culture de constitutionnalité*», selon la formule du Professeur Guy Carcassonne, qu'elle a su générer grâce à l'élargissement des saisines.

Reste qu'en dépit de ce succès, le perfectionnement de l'Etat de droit en France a incité les auteurs puis les responsables politiques à envisager, à l'instar de l'exemple allemand, des modalités de saisine citoyenne du juge constitutionnel. Envisagée dès 1990, cette innovation constitutionnelle a été consacrée par la révision du 23 juillet 2008 ayant inséré dans la Constitution un nouvel article 61-1 alinéa 1^{er}. Concernant le cas des dispositions susceptibles d'être visées par cette procédure, l'article 62 alinéa 2 emploie le concept de «*dispositions législatives*» et non celui plus restrictif de loi, ce qui peut augurer d'une interprétation plutôt large de la technique. Quant à la finalité de la procédure, elle consiste à vérifier la constitutionnalité de dispositions qui portent «*atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit*», excluant dès lors toute mise en cause de la régularité externe du texte, toute critique en terme de répartition des compétences normatives, toutes règles de procédure législative ne constituant que des libertés pour les parlementaires. Les tribunaux devant lesquels l'exception peut être sollicitée recourent l'ensemble des juridictions ordinaires (y compris les juridictions administratives spécialisées). La question pourra par ailleurs être soulevée à tous les niveaux de l'instance, exception faite du cas du juge pénal devant lequel, le moyen ne pourra être invoqué devant la cour d'assises qu'en appel dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. La décision de transmettre ou non aux juges suprêmes n'est susceptible d'aucun recours (par une partie ayant intérêt par exemple au maintien d'une loi, ou par le ministère public). Enfin, relativement au Conseil constitutionnel, le projet de loi organique le soumet à un délai de trois mois à compter de sa saisine pour statuer, celui-ci devant au demeurant aviser le Président de la République, le Premier ministre, les Présidents des Chambres de cette saisine (non les parlementaires). Avec cette innovation, il n'y a plus de risque que des règles législatives contraires à la Constitution demeurent en vigueur très longtemps, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'elles fassent l'objet de modifications et soient ainsi susceptibles d'être à nouveau contrôlées par le juge constitutionnel dans le cadre d'une procédure de contrôle abstrait. En tout état de cause, pour le Professeur Jean Gicquel, par l'entremise de cette réforme du 23 juillet 2008, «*l'Etat de droit sera couronné, élevé à la perfection*» alimentant ce faisant un accroissement d'activité qui pourrait impliquer une augmentation des membres du Conseil constitutionnel (de neuf à douze par exemple).

4) En quoi consiste aujourd'hui la liberté de communication?

La liberté de communication a d'abord concerné la communication audiovisuelle à partir de 1982 (lois du 29 juillet 1982, du 30 septembre 1986) principalement, puis la communication électronique plus récemment.

Concernant la communication audiovisuelle, les différents dispositifs législatifs ont établi une autorité administrative indépendante (le conseil supérieur de l'audiovisuel) notamment chargé de veiller au respect du pluralisme (principe introduit dans la Constitution par la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008). Le 8 avril 2009, le Conseil d'Etat (CE Ass. 8 avril 2009, *MM.Hollande et Mathus*) a ordonné au Conseil supérieur de l'audiovisuel de prendre en compte le temps de parole du chef de l'Etat (et de ses collaborateurs) à la radio et à la télévision, cette autorité ayant mis en place cette réforme après les élections européennes de juin 2009. Le conseil supérieur de l'audiovisuel a subi de la sorte un camouflet, lui qui en par une décision du 3 octobre 2007 avait confirmé la répartition en trois composantes (gouvernement, majorité, opposition) issue d'une réglementation de l'«O.R.T.F.» en 1969. Ce nouveau «principe de pluralisme» a remplacé, à compter du 1^{er} septembre 2009, la règle des «trois tiers». Depuis cette date, les temps d'intervention de l'opposition parlementaire ne peuvent plus être inférieurs à la moitié des temps de parole cumulés du chef de l'Etat dans ses propos non régaliens (ceux qui relèvent du débat politique national) et de la majorité présidentielle. Et les temps de parole de la majorité présidentielle (membres du Gouvernement, personnalités appartenant à la majorité parlementaire, collaborateurs du chef de l'Etat) seront regroupés.

Concernant la communication électronique, le 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel a examiné le recours dont il avait été saisi par plus de soixante députés à l'encontre de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet. Le Conseil constitutionnel a jugé que plusieurs des dispositions des articles 5 et 11 n'étaient pas conformes à la Constitution. La liberté de communication et d'expression, énoncée à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, fait l'objet d'une constante jurisprudence protectrice par le Conseil constitutionnel (décision du 3 mars 2009). Cette liberté implique aujourd'hui, eu égard au développement généralisé d'internet et à son importance pour la participation à la vie démocratique et à l'expression des idées et des opinions, la liberté d'accéder à ces services de communication au public en ligne. Or les articles 5 et 11 incriminés confiaient à la Commission de protection des droits de la «HADOPI» des pouvoirs de sanction l'habilitant à restreindre ou à empêcher l'accès à Internet à des titulaires d'abonnement. De tels pouvoirs pouvaient ce faisant conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement. Le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les titulaires du droit d'auteur, seul le juge étant habilité à prononcer de telles mesures. De plus, l'article 9 de la Déclaration de 1789 pose le principe de la présomption d'innocence duquel il résulte que la loi ne saurait, en principe, instituer de présomption de culpabilité en matière répressive (décision du 16 juin 1999). Or, avec la loi en cause, seul le titulaire du contrat d'abonnement à internet pouvait faire l'objet des sanctions instituées. Pour s'exonérer, il lui incombait de produire des éléments de nature à établir que l'atteinte portée au droit d'auteur procède de la fraude d'un tiers. Le juge constitutionnel a censuré ce dispositif.