

Corrigé concours 2014

Epreuve de QRC droit public

« Le président de la République est chef des armées » article 15 de la constitution (7 points)

Il est classique de reconnaître au chef de l'Etat la fonction de chef des armées, la constitution de 1958 ne présente guère d'originalité sur ce point, mais comme pour la plupart de ses fonctions, la constitution de la Vème République a innové en lui donnant une réelle portée.

La consécration du chef de l'Etat comme chef des armées par l'article 15, est une conséquence de la rénovation de sa fonction. En effet, l'article 5 de la constitution lui confie de rôle de garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire. Pour autant, l'étendue de sa compétence militaire n'est pas toujours bien tracée. Le code de défense ne fait que peu référence à la fonction du chef de l'Etat, il mentionne « l'ordre d'engagement » qui lui appartient. On relèvera que le Premier ministre doit s'assurer que le chef de l'Etat « dispose en toutes circonstances des moyens de la dissuasion nucléaire ». Il n'est pas inutile non plus de souligner que l'article 15 C peut être mis en relation avec l'article 16 C lequel donne les moyens les plus importants au chef de l'Etat, grâce à un pouvoir propre, pour réaliser cette mission, mais dans des situations spécifiques. En application de l'article 16 de la Constitution de 1958, le Président de la République peut, après avoir consulté le Premier ministre, les Présidents des deux Chambres et le Conseil constitutionnel (lequel exerce désormais un contrôle sur l'existence des conditions d'application au-delà de 30 jours sur saisine et de plein droit au-delà de 60 jours), prendre toutes les mesures exigées par les circonstances. Si la teneur des trois premiers avis est secrète, il n'en va pas de même pour le quatrième qui prend la forme d'une décision publiée au Journal officiel (décision du 14 avril 1961 portant demande d'avis). Cette «*dictature constitutionnelle provisoire*» ne fut utilisée qu'une seule fois du 23 avril au 30 septembre 1961 en raison du «putsch d'Alger» (22 avril 1961) alors même que d'une part, les conditions nécessaires à son déclenchement ne semblaient pas toutes réunies et que d'autre part, la durée de cette application paraissait absolument abusive (le Conseil constitutionnel avait néanmoins délivré un avis positif). Lesdites conditions annoncées à cet article se composent de deux groupes distincts mais cumulatifs. Tout d'abord, «*les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements sont menacées d'une manière grave et immédiate*». Ensuite, «*le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu*».

Les décisions militaires les plus importantes sont prises sous l'autorité du Chef des armées, qui dispose des moyens nécessaires pour les prendre (le second alinéa précisant que le Chef de l'Etat « préside les conseils et comités supérieurs de la Défense Nationale »).

Comme souvent, la généralité de la rédaction se heurte à l'ambiguïté du texte. En matière d'armée dite conventionnelle, selon l'article 15 de la Constitution, le Président de la République est le «*chef des armées*» et «*préside les conseils et comités supérieurs de la défense nationale*» (dont la suppléance est assurée par le Premier ministre). Par ailleurs, le Premier ministre est «*responsable de la défense nationale*» (article 21 alinéa 1^{er}) et le Gouvernement (dont l'action est dirigée par le Premier ministre) «*dispose de l'administration et de la force armée*» (article 20 alinéa 2).

La logique du régime et la pratique permettent de surmonter cette difficulté. La défense nationale et les relations internationales représenteraient, selon Jacques Chaban-Delmas, un «domaine réservé» du Président de la République où celui-ci serait appelé à exercer ses pouvoirs dans leur plénitude, par opposition aux autres, pour lesquels le Gouvernement continue de déterminer et de conduire la politique de la nation. En période de concordance des majorités présidentielle et parlementaire, le président peut donc

pleinement assumer cette mission, laquelle constitue souvent un enjeu politique essentiel pour le chef de l'Etat. C'est donc, bien entendu, en période de cohabitation que les difficultés apparaissent. Le renouveau du premier ministre dans ces circonstances n'implique pas un effacement du chef de l'Etat (lequel peut par exemple comme en 1986 influencer sur le choix du ministre de la défense).

La répartition entre les deux têtes de l'exécutif doit enfin être complétée par le rôle du parlement. En effet, si l'envoi des troupes à l'étranger requiert en tout état de cause la décision du chef de l'Etat, le maintien au-delà de 4 mois nécessite l'approbation du parlement (article 35), qui soulignons-le autorise la déclaration de guerre.

La Cour européenne des droits de l'homme, censeur de l'administration ou juge administratif ? (6 points)

Si l'influence de la jurisprudence européenne sur le droit administratif est de plus en plus importante, il n'est pas toujours aisé de mesurer le rôle de la CourEDH. L'office du juge européen consiste à obtenir une satisfaction équitable en cas de violation des dispositions de la Convention, le contentieux est donc avant tout indemnitaire et subsidiaire.

L'arrêt de la Cour est déclaratoire, puisqu'il tranche uniquement la question de savoir si, dans un cas donné, la Convention a été violée ou non ; il ne s'impose pas davantage *de jure* aux juridictions nationales. L'autorité de la chose jugée est relative et ne vaut pas *erga omnes* : donc, seules les parties au litige sont obligées par l'arrêt et cela ne peut concerner que le seul cas tranché. Il reste que, dans un souci de stabilité juridique, les arrêts de la Cour ont une autorité de chose interprétée (les juges européens prennent soin de rappeler dans l'arrêt l'interprétation donnée auparavant), ce qui n'interdit pas d'éventuels revirements de jurisprudence. Si le droit interne de l'Etat en cause ne permet pas (ou mal) d'effacer les conséquences de la mesure incriminée, la Cour peut se prononcer sur la réparation au titre de la satisfaction équitable de l'article 41 de la Convention. Si la *restitutio in integrum* n'est pas possible, la Cour peut fixer le montant de l'indemnité que devra verser l'Etat au requérant.

Son rôle de censeur de l'administration est donc réduit, et pourtant bien réel. La déclaration d'inconventionnalité prononcée par la Cour ayant nécessairement pour effet d'invalider une décision administrative et de provoquer de la part du juge administratif une évolution de sa jurisprudence. C'est par ce second effet que l'on dit que le juge administratif devient juge européen, et par extension du dialogue des juges que le juge européen un juge administratif. Le recours individuel fait donc apparaître la Cour Européenne comme une « Cour administrative suprême ». A cet égard, il est possible de souligner l'évolution du rôle du Conseil d'Etat sur le contrôle de la réciprocité des traités. Alors que le principe était celui de l'incompétence du juge administratif, et de l'exercice d'un renvoi préjudiciel auprès du ministre des affaires étrangères, le Conseil fut contraint de faire évoluer sa jurisprudence. C'est ainsi que faisant suite à la condamnation par la Cour Européenne (CEDH, 13 février 2003, *Chevroil*) le conseil s'est finalement reconnu compétent pour apprécier l'application réciproque des traités (CE, 9 juillet 2010, *Chériet-Benseghir*).

L'influence de la Cour est perceptible dans de nombreux domaines, que l'on songe à l'organisation de la juridiction administrative (CEDH, 7 juin 2001, *Kress* ; pour la participation du Commissaire du gouvernement au délibéré), ou bien au contentieux de la responsabilité publique (CE, 8 février 2007, *Gardedieu* ; à propos de la responsabilité de l'Etat du fait des lois inconventionnelles). La Cour EDH se comporte parfois en

véritable censeur de l'administration, comme sa jurisprudence l'illustre parfois (CEDH, 21 janvier 2011, *El Shennawy* ; concernant le régime des fouilles des détenus). Les décisions de la CEDH sont encore davantage décisives dans leur influence sur la jurisprudence du juge administratif. Le contexte d'une condamnation peut conduire à une évolution très perceptible de la jurisprudence administrative.

Ainsi de la responsabilité de l'Etat en raison du délai excessif de jugement (CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, CE, 28 juin 2002, *Magiera*), ou encore de l'intensité du contrôle de légalité des décisions d'éloignement du territoire (CE, 19 avril 1991, *Babas et Belgacem* ; consécration du contrôle entier des décisions d'expulsion et reconduite à la frontière).

Le milieu carcéral fournit une bonne illustration du dialogue constructif des juges. Anticipant sur la condamnation de la France dans l'arrêt *Ramirez Sanchez* du 4 juillet 2006, le Conseil dans sa décision *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. Remli* (CE 30 juill. 2003) juge que le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré constitue, eu égard à l'importance de ses effets sur les conditions de détention, une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Puis prononça l'annulation des dispositions réglementaires du code de procédure pénale qui définissent le régime de l'isolement judiciaire, au motif que le législateur n'avait pas au préalable organisé de voie de recours contre ces décisions susceptibles d'être ordonnées à l'encontre des prévenus par le magistrat chargé de l'instruction (CE, 31 octobre 2008, *Section française de l'OIP*).

Les limites de la liberté d'expression (6 points)

L'ordonnance de référé du Conseil d'Etat du 9 janvier 2014 reconnaissant la légalité de l'arrêté interdisant la tenue du spectacle « Le Mur » a relancé la question du régime de la liberté d'expression.

En dépit de l'idée selon laquelle il n'existe pas de hiérarchie entre les droits et libertés, on remarque que la liberté d'expression revêt une importance particulière. Ainsi le Conseil Constitutionnel l'a qualifiée dans la décision des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse* comme « une liberté d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des droits et libertés et de la souveraineté nationale ». Elle fait écho à l'affirmation de la CEDH dans l'arrêt *Handyside* de 1976 selon laquelle « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de la société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun ». Apparaît ici l'idée selon laquelle la liberté d'expression est recherchée non seulement pour elle-même comme un prolongement de la liberté naturelle de l'homme, mais également comme étant une garantie des autres droits. C'est ainsi que pour combler les lacunes du droit positif, la loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes a été adoptée. Celle-ci prévoit notamment que « le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public » (nouvel article 2 de la loi du 29 juillet 1881), l'alinéa 3 réservant comme limite l'existence d'un intérêt prépondérant et à condition que les mesures envisagées soient strictement proportionnées au but légitime poursuivi.

L'exercice des libertés est traditionnellement encadré mais la liberté d'expression semble bénéficier d'un statut privilégié, au point de remettre parfois en cause l'existence de ses limites.

Tant le Conseil constitutionnel que la Cour européenne des droits de l'homme admettent la nécessité de régimes préventifs, même si ces régimes sont tenus en suspicion. Dans son arrêt *Observer et Guardian c.*

Royaume-Uni du 26 novembre 1991, la Cour affirme que « l'article 10 de la Convention n'interdit pas en lui-même toute restriction préalable à la publication » mais la Cour précise que « de telles restrictions présentent pourtant de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux. Il en va spécialement ainsi dans le cas de la presse : l'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt ».

Cela signifie qu'un régime d'autorisation préalable est *a priori* incompatible avec la convention, sauf à justifier de contraintes techniques impérieuses. Il existe donc en quelque sorte une présomption d'illicéité des régimes préventifs limitant la liberté d'expression, ce qui n'empêche pas ce type de régimes de se maintenir en droit français. Les régimes préventifs concernent la presse, le cinéma et la communication audiovisuelle.

S'agissant de la presse, les régimes d'interdiction administrative sont issus de deux textes distincts. D'une part, le décret-loi du 6 mai 1939 sur les publications de provenance étrangère. Destiné à l'origine à lutter contre la propagande ennemie, ce texte a été abrogé par le décret du 4 octobre 2004 en raison de son incompatibilité avec la Convention EDH (CEDH, 17 juillet 2001, *Ekin*). D'autre part, l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949 sur « les publications présentant un danger pour la jeunesse » comporte en réalité un régime préventif qui concerne les publications de toute nature, y compris celles qui n'ont pas ordinairement pour destinataires les enfants et adolescents. Ces publications peuvent faire l'objet, par arrêté du ministre de l'Intérieur, de restrictions quant à leur diffusion et commercialisation lorsqu'elles présentent « un danger pour la jeunesse en raison de leur caractère licencieux ou pornographique ou de la place faite au crime, à la violence, à la discrimination ou à la haine raciale, à l'incitation à l'usage, à la détention ou au trafic de stupéfiants ».

S'agissant du cinéma, un régime d'autorisation préalable des films au niveau national existe depuis 1916 : le visa ministériel peut autoriser l'œuvre pour tous publics ou comporter interdiction de la représentation aux mineurs de 16 ou de 12 ans. Les décisions d'interdiction totale sont soumises au contrôle entier du Conseil d'Etat et demeurent aujourd'hui très exceptionnelles. Le Conseil d'Etat a par ailleurs accepté que les maires puissent interdire un film dans leur commune, dès lors que « la projection est susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, en raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public » (CE 28 juillet 1985, Ville d'Aix en Provence). S'agissant de la communication audiovisuelle, le monopole public de la radiodiffusion (ce qui inclut la radiophonie et la télévision) créé par l'ordonnance du 23 mars 1945 a été démantelé par l'article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1982 qui dispose : « La communication audiovisuelle est libre ». Les lois des 30 septembre 1986 et 17 janvier 1989 contribuent à instituer les nouvelles instances de régulation de l'audiovisuel. Les titulaires d'autorisation sont soumis à un cahier des charges et depuis la loi du 1^{er} février 1994 le CSA dispose d'un pouvoir de sanction des entreprises du secteur public comme du secteur privé.

Conformément à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui définit la liberté comme consistant « à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », la loi assure l'arbitrage entre intérêts concurrents, ce qui conduit à limiter la liberté d'expression dans le cadre d'un régime répressif. Tel est le cas de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, mais aussi des lois tenant compte de la protection de l'ordre public et de la vie privée.

La loi de 1881 punit ainsi la diffamation et l'injure selon une répression modulée qui tient compte des personnes visées (particuliers, personnes investies de fonctions publiques, corps constitués...). L'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 dispose : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation ». Quant à l'injure, elle est définie par le même article comme « toute expression outrageante, termes de mépris ou

invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ». La différence essentielle entre la diffamation et l'injure tient à ce que la première repose sur un fait dont il est possible, en principe, de rapporter la preuve.

La diffamation comporte deux éléments constitutifs. D'une part, la personne ou le corps visé doivent être aisément identifiables. En conséquence, les attaques, même virulentes, contre une collectivité n'ouvrent pas d'action en diffamation. D'autre part, le dol spécial consiste dans l'atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée. Dès lors que l'infraction est constituée, la loi prévoit deux moyens de défense possibles : la preuve de la vérité, *l'exceptio veritatis*, ou la preuve de la bonne foi. L'exception de vérité est enfermée dans de strictes conditions de fond et de forme. Le Conseil constitutionnel a très récemment (7 juin 2013) prononcé l'abrogation de l'alinéa c) de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881. Il affirme que "*par son caractère général et absolu*", cette interdiction de faire état de faits prescrits ou amnistiés « porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi ; qu'ainsi, elle méconnaît l'article 11 de la Déclaration de 1789 ». Le juge constitutionnel estime donc, après avoir exercé son contrôle de proportionnalité, que la liberté d'expression doit l'emporter sur le droit à l'oubli. Si la preuve de l'exception des faits échoue, il reste la possibilité de prouver la bonne foi. Cependant, la jurisprudence n'accueille que rarement la bonne foi car les conditions cumulatives requises sont très strictes (but légitime, sincérité, prudence et objectivité, ce qui implique des vérifications proportionnées à l'ampleur de l'information litigieuse). Sur le terrain de l'injure, la loi prévoit une excuse de provocation qui est aussi strictement entendue.

Le dispositif pénal de protection de l'ordre public tendant à encadrer la liberté d'expression est varié et il s'est enrichi considérablement ces dernières années. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut en relever quelques manifestations significatives de ses grandes orientations, c'est-à-dire la protection des mineurs, de la dignité humaine et la lutte contre le racisme.

L'article 227-24 du Nouveau Code pénal incrimine la diffusion d'un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

Quant au négationnisme, il s'agit d'un discours de falsification véhiculant un message violemment antisémite cherchant à réhabiliter le régime nazi. Pour lutter contre ce discours pervers, la loi Gayssot du 13 juillet 1990 a prévu la répression de la négation des crimes nazis. A la suite de la profanation du cimetière juif de Carpentras, la loi Gayssot du 13 juillet 1990 apporta des modifications supplémentaires à la loi du 29 juillet 1881. La contestation des crimes contre l'humanité sanctionnés par le tribunal international de Nuremberg est désormais incriminée. La loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure a, quant à elle, créé un nouveau délit : l'outrage au drapeau tricolore ou à l'hymne national. L'article 113 de la loi insère dans le Code pénal un article 433-5-1 aux termes duquel : « le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7500 euros d'amende. Lorsqu'il est commis en réunion, cet outrage est puni des six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende ».

Quant à la protection de la vie privée est une limite incontestée de la liberté d'expression. Cette limite est posée par le droit pénal (article 226-1 du Code pénal notamment) mais aussi et surtout par le droit civil. En effet, l'article 9 du Code civil issu de la loi du 17 juillet 1970 dispose : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisies et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

Le renforcement contemporain du régime de la liberté consiste à encadrer très spécifiquement les limites de son exercice, il est désormais possible d'affirmer que toutes les expressions même choquantes (CEDH, *Sunday Times*, 26 avril 1979) bénéficient d'une protection dès lors qu'elle s'inscrit dans une logique de débat d'intérêt général. C'est dans cette perspective que la CEDH admet que l'article de la Convention protège « la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser les convictions intimes, dans le domaine de la

morale, et spécialement de la religion » (1996, *Wingrove*). Elle reconnaît en effet que dès lors que l'offense n'est ni gratuite ni grave et s'inscrit dans un libre débat d'intérêt général. La marge de manœuvre des Etats demeurant assez large dans la mesure où toutes ces notions ne font pas l'objet d'un consensus européen. La même logique de protection conduit parfois le juge européen à donner une importance particulière à l'expression visant à informer le public. C'est ainsi qu'à l'occasion de sa décision CEDH, 2007, *Dupuis et autres contre France*, que l'amende (pourtant symbolique) prononcée à l'encontre des auteurs et de la société d'édition ayant publié le livre « Les oreilles du président » était disproportionnée. Une telle conclusion compte tenu du montant conduit à remettre en cause l'existence même d'une limite à la publication. Pareille solution trouve sa justification, selon la cour, dans le fait que la publication de l'ouvrage participe de l'information du public dans un débat politique et judiciaire.