

---

# GROUPE ISP

---

ENM 2019 – Droit public – QRC

---

©J.-P. GELIN et M. THAURY

## 1. Le droit souple en droit administratif (7 points)

---

L'étude annuelle de 2013 du Conseil d'Etat consacrée au droit souple a permis de mettre en lumière la nécessité de mieux appréhender ces instruments, qui traduisent une mutation des pratiques administratives. Le rapport propose une définition du droit souple au travers de plusieurs critères. Il s'agit d'un droit qui n'emporte pas d'obligation par lui-même, il a pour objet de modifier ou d'orienter des comportements de destinataires en suscitant, autant que possible, leur adhésion. Il ne crée pas par lui-même de droit et d'obligation, enfin son degré de formalisation, tant par le contenu que par le processus de son élaboration rappelle les règles de droit.

Le recours au droit souple n'est pas exempt de critique, deux principales lui sont adressées. D'une part son recours contribuerait à la dégradation du droit. En effet, aussi bien le Conseil d'Etat dans ses études (1991 et 2006) que la jurisprudence du Conseil constitutionnel déplore pour l'un et censure pour l'autre l'énoncé de textes dépourvus de portée normative. D'autre part, le droit souple marquerait un contournement des institutions démocratiques.

En dépit de ces critiques, le recours au droit souple permet d'éviter un excès de précision dans les lois ou les décrets. Son usage, bien encadré, permet de faciliter l'harmonisation de comportements et semble particulièrement bien adapté à certaines missions de l'administration, comme la régulation par exemple. Bien que ce type d'instrument existe depuis longtemps (les plans par exemple) le recours au droit souple est de plus en plus fréquent. Sans pour autant être exhaustif on peut considérer comme relevant de cette catégorie les circulaires, les lignes directrices (anciennes directives) et les recommandations, principalement des AAI. Il est également nécessaire de relever que le recours au droit souple n'est pas une exclusivité du droit français, on en trouve également dans les relations internationales ainsi que dans le droit de l'UE.

Face à ces nouvelles pratiques administratives, le juge a dû adapter sa jurisprudence, faisant ainsi preuve de pragmatisme et de modernité. Ainsi, il accepte d'adapter les règles de recevabilité des recours dirigés contre ces actes.

C'est dans un premier temps les circulaires qui vont faire l'objet d'une jurisprudence subtile, distinguant tout d'abord les réglementaires des non réglementaires (CE, 1954, Notre Dame du Kreisker), avant d'abandonner cette distinction au profit d'un critère d'impérativité. Ainsi, les dispositions générales et impératives des circulaires peuvent faire l'objet d'un recours (CE, 2002, Duvignères). Le cas des directives, que l'on peut qualifier d'instrument d'harmonisation des pratiques administratives ayant pour but de guider l'administration dans l'usage d'un pouvoir discrétionnaire, est un peu différent. Comme l'avait initialement consacré le Conseil d'Etat, la directive, sauf situation particulière, ne peut faire l'objet d'une contestation contentieuse. La jurisprudence administrative a néanmoins consacré par la suite que : *« ces délibérations se bornent à définir des orientations et ne font pas obstacle à ce que, en fonction de la situation particulière de chaque demandeur, les autorités du fonds s'écartent des directives qui leur sont ainsi adressées ; que, dès lors, ces délibérations, dont les termes, ainsi qu'il a été dit ci-dessus sont dénués de caractère impératif, ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »* (CE, 2004, Comité Jussieu anti-amiante), a contrario on comprend bien que le caractère impératif des dispositions d'une directive puisse faire l'objet d'un recours. L'étude de 2013, tout en rappelant l'intérêt de cet instrument avait néanmoins préconisé un renouvellement sémantique des directives au profit des « lignes directrices », préconisation justifiée par le risque de confusion lié aux directives de l'UE. C'est désormais le terme consacré (CE, 2014, MOJC). La jurisprudence en encadre depuis l'usage : *« Considérant, en deuxième lieu, que les lignes directrices par lesquelles les autorités de régulation définissent, le cas échéant, les conditions dans lesquelles elles entendent mettre en œuvre les prérogatives dont elles sont investies, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'elles sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elles s'adressent ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation »* (CE, 2017, Bouygues Telecom). Un tel raisonnement est bien entendu transposable aux recommandations (de bonne pratique médicale par exemple) notamment celle des autorités de régulation. Ainsi, selon la jurisprudence récente du conseil d'Etat (CE, 2016, Fairvesta et Numéricâble) : *« Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »*. Le Conseil d'Etat a ainsi su faire évoluer sa jurisprudence en prenant en compte ces nouveaux procédés d'administration et en développant des critères de recevabilité adaptés à cette évolution du droit.

## **2. La liberté de manifestation sur la voie publique en droit interne (hors sanctions pénales) (7 points)**

Si les libertés de réunion et de manifestations ne figurent pas expressément dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, elles peuvent toutefois se déduire de son article 11 aux termes duquel « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ». C'est d'ailleurs cette démarche qui a été retenue par le Conseil constitutionnel qui a consacré « le droit d'expression collective des idées et des expressions » (CC, 18 janvier 1995, loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité). Le critère de la distinction entre réunion et manifestation a été précisé par le commissaire de gouvernement dans ses conclusions rendues sur l'arrêt Benjamin (CE, 19 mai 1933) : « la réunion constitue un regroupement momentané

de personnes formé en vue d'entendre l'exposé d'idées ou d'opinions en vue de se concerter pour la défense d'intérêt ». A l'inverse, il y a manifestation lorsque la finalité du rassemblement sur la voie publique est l'expression d'opinions, d'idées ou de revendications du fait même de ce rassemblement, la prise de parole des participants n'ayant alors qu'un caractère accessoire. La manifestation doit également être distinguée de l'attroupement, lequel est défini de façon assez imprécise comme un rassemblement sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public (article 431-3 C. pén.). L'attroupement se caractérise par son caractère spontané et non organisé, ainsi que par les menaces de troubles à l'ordre public qu'il emporte. Après deux sommations, adressées par le préfet, le sous-préfet, le maire ou un officier de police judiciaire, l'attroupement pourra être dispersé par la force.

Les manifestations relèvent d'un décret-loi du 23 octobre 1935 qui soumet à un régime de déclaration préalable « tous cortèges, défilés et rassemblements de personnes, et, d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique ». Cette réglementation ne concerne pas les manifestations conformes aux usages locaux (processions religieuses, carnaval...). La déclaration préalable doit s'effectuer en mairie au moins trois jours francs avant la date prévue et doit indiquer les noms, prénoms et domiciles des organisateurs, le but de la manifestation, son lieu, sa date et l'heure du rassemblement. L'article 3 du décret prévoit que cette déclaration peut déboucher sur une interdiction « si l'autorité investie du pouvoir de police estime que la manifestation projetée est de nature à troubler l'ordre public ». Le non-respect de cette interdiction expose les organisateurs à une amende 7 500 euros et six mois d'emprisonnement.

S'agissant de l'interdiction des manifestations, le principe de liberté semble commander un contrôle juridictionnel aussi rigoureux que celui auquel se livre le juge administratif s'agissant des mesures restrictives de la liberté de réunion conformément à l'arrêt Benjamin (CE, 19 mai 1933). Pourtant, le Conseil d'Etat c'est contenté, dans un premier temps, de contrôler la réalité de la menace de troubles à l'ordre public, renonçant au contrôle de proportionnalité de la mesure adoptée (CE, 19 février 1954, Union des syndicats ouvriers de la région parisienne). Un arrêt du 12 novembre 1997 marque une évolution de cette jurisprudence dans un sens plus protecteur (CE, 12 novembre 1997, Ministre de l'Intérieur c/ association communauté tibétaine en France et ses amis). Pour le Conseil d'Etat, « s'il appartenait au préfet de police de prendre toutes mesures appropriées, notamment aux abords de l'ambassade de Chine, pour prévenir les risques de désordres susceptibles d'être occasionnés par les manifestations envisagées par l'association « La communauté tibétaine en France et ses amis », il ne pouvait prendre un arrêté d'interdiction générale qui excédait les mesures qui auraient été justifiées par les nécessités du maintien de l'ordre public à l'occasion de la visite en France du Président de la République populaire de Chine ». En outre, le Conseil d'Etat retient, dans cet arrêt, une conception restrictive de l'ordre public en précisant que « le motif tiré de ce qu'une manifestation pouvait porter atteinte aux relations internationales de la République, qui ne fait pas référence à des risques de troubles à l'ordre public, n'est pas, en lui-même, de nature à justifier l'interdiction de cette manifestation ».

L'un des principaux enjeux est alors d'assurer le déroulement paisible des manifestations. Afin d'éviter des débordements, le préfet peut, depuis l'adoption de la loi du 21 janvier 1995 et sous réserve que les circonstances fassent craindre « des troubles graves à l'ordre public », interdire pendant les 24 heures qui précèdent une manifestation et jusqu'à sa dispersion, le port et le transport, sans motif légitime d'objets pouvant constituer une arme. Dans le contexte des violences survenues à l'occasion des rassemblements des « gilets jaunes », a été adoptée la loi du 10 avril 2019 visant à prévenir les violences lors des manifestations et à sanctionner leurs auteurs. En vertu de ce texte, sur réquisition du procureur, des officiers de police judiciaire pourront procéder à des fouilles de bagages et véhicules à proximité d'une manifestation, et ce, dans le but de chercher des armes ou des armes par destination. En revanche, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de l'article 3 de la loi qui permettaient à l'autorité administrative d'interdire à titre préventif, « par arrêté motivé », à une personne de participer à une manifestation sur la voie publique dans sa décision du 4 avril 2019. Cette

interdiction particulière pouvait être prononcée à l'encontre d'une personne constituant « une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public » par « ses agissements » à l'occasion de manifestations sur la voie publique ayant donné lieu à des atteintes graves à l'intégrité physique des personnes et à des dommages importants aux biens ou par la commission d'un « acte violent » à l'occasion de l'une de ces manifestations. De même, le préfet pouvait interdire à cette même personne de « prendre part à toute manifestation sur l'ensemble du territoire national pour une durée d'un mois maximum », s'il existait « des raisons sérieuses de penser » qu'elle pourrait participer à toute autre manifestation que celle qui lui avait été interdite d'accès. La répression prévue en cas de non-respect de cette interdiction était de 6 mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Sans remettre en cause le principe d'une interdiction administrative de manifester, le Conseil constitutionnel a jugé que cette faculté n'était pas suffisamment encadrée par le législateur qui n'a donc pas assuré une conciliation équilibrée entre la protection de l'ordre public et la liberté d'expression collective des idées et des opinions.

### **3. L'indépendance du Parlement (6 points)**

---

Aux termes de l'article 24 de la Constitution, le Parlement vote la loi, contrôle l'action du Gouvernement et évalue les politiques publiques. Ces missions ne sauraient être exercées de façon efficace si le Parlement ne disposait pas de solides garanties d'indépendance, tant à l'égard de l'Exécutif que de l'autorité judiciaire.

D'un point de vue organique, l'indépendance du Parlement est assurée par son pouvoir d'auto-organisation. Ainsi, les Assemblées adoptent leurs propres règlements intérieurs afin d'organiser leur fonctionnement. Elles disposent d'organes de travail propres, exclusivement composés de parlementaires, tels que le bureau ou la conférence des présidents. Elles peuvent également créer des commissions permanentes, dans les limites fixées par la Constitution, à savoir huit au maximum depuis 2008 ; des délégations parlementaires ou encore des commissions d'enquêtes, dotées de pouvoir étendus. L'indépendance ne signifie pas pour autant la souveraineté. Ainsi, les règlements des assemblées sont automatiquement déférés au Conseil constitutionnel. Par ailleurs, les commissions d'enquête ne peuvent être créées lorsque des poursuites judiciaires sont en cours. Cette restriction demeure toutefois relative, puisqu'il est admis qu'elles peuvent connaître de faits afférents à une procédure judiciaire, pourvu que leur champ d'investigation en diffère, comme l'a illustrée récemment la création des commissions d'enquête sur l'affaire dite Benalla.

L'indépendance du Parlement passe aussi, naturellement, par celle des parlementaires. Le statut de ces derniers leur offre, en la matière, de solides garanties. Disposant d'un mandat représentatif, l'article 27 C. prévoyant la nullité de tout mandat impératif, ils disposent également d'un principe d'irresponsabilité pour les actes rattachables à leurs fonctions (art 26 C.). Pour le reste, ils ne peuvent faire l'objet de mesures privatives ou restrictives de liberté (garde à vue, contrôle judiciaire) que si le Bureau l'a autorisé, exception faite des cas de flagrant délit et les poursuites dont ils font l'objet peuvent être suspendues à la demande de la majorité des membres de la chambre à laquelle ils appartiennent.

Reste que l'indépendance du Parlement voit sa portée limitée par l'affirmation de la discipline partisane et du fait majoritaire. Ce dernier assure un soutien quasi inconditionnel de la majorité des députés à la politique du Gouvernement. Il n'a toutefois pas la même portée à l'égard du Sénat, soit que celui-ci soit d'une couleur politique différente soit, plus généralement, parce que les sénateurs disposent d'une plus grande liberté à l'égard du parti, de par leur mode d'élection et la durée de leur mandat. L'affaire Benalla a d'ailleurs illustré l'indépendance du Sénat et la relative docilité de l'Assemblée nationale.